

MARTHA CECILIA SIERRA LAFAURIE

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS
PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
COLOMBIANA A TRAVÉS DEL SECOP**



**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTA D.C. 2016**

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS
PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
COLOMBIANA A TRAVÉS DEL SECOP**

MARTHA CECILIA SIERRA LAFAURIE

Trabajo de Grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Director:

Carlos Guillermo Castro Cuenca

Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá – Colombia

2016

Nota de Aceptación

Firma Presidente de Jurado

Firma de Jurado

Firma de Jurado

Contenido.

INTRODUCCIÓN	5
1. CONCEPTOS GENERALES	10
1.1. Concepto	14
1.2. Evolución histórica	36
1.3. Análisis histórico de la aplicación del Principio de Transparencia en la Contratación estatal en Colombia.....	38
1.4. Nacimiento del contrato administrativo en Colombia con aplicación de los Principios de la Contratación estatal	58
1.5. . Los criterios diferenciadores del contrato administrativo, con base en el desarrollo jurisprudencial, con influencia jurisprudencial francesa.....	61
1.6. Evolución normativa de los estatutos contractuales en Colombia, con la incorporación de los principios de la contratación estatal.	64
1.7. . Efectos.....	68
2. CREACIÓN DEL SECOP COMO HERRAMIENTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	73
2.1. . Ley de creación del SECOP	100
3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN, A TRAVES DEL SECOP	121
3.1. En la licitación pública	130
3.2. En la selección abreviada	137
3.3. . En el concurso de méritos	141
3.4. . En la mínima cuantía	142

CONCLUSIONES.....	145
BIBLIOGRAFÍA.....	149

INTRODUCCIÓN

El Principio de Transparencia ha sido desde siempre una pretensión de funcionamiento de la contratación pública estatal en Colombia, ya sea a través del Principio de legalidad –como referente máximo de actuación de la Administración pública-, ya sea a través de la multiplicidad de normas que se han expedido para que la contratación esté exenta del flagelo de la corrupción o ya sea a través de herramientas electrónicas como el SECOP, objeto de análisis en este documento investigativo.

La herramienta del SECOP es relativamente nueva, y también es novedosa la vinculación que se le quiere dar para hacer efectivo el Principio de Transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal; por esta razón amerita ser estudiada no tanto desde su mero aspecto técnico, legal o de funcionamiento sino, también, por las repercusiones en cuanto al cumplimiento de principios contractuales –con rango constitucional- que con ella se quieren cumplir.

Fundamentalmente, si consideráramos que el Principio de Transparencia es el pilar de la contratación pública estatal, pues de él se desgranar articuladoamente todos los demás (moralidad, imparcialidad, publicidad, debido proceso, igualdad, participación, economía, celeridad), la indagación a realizar es si esa nueva herramienta –SECOP- permite su *realización efectiva*.

Para todos es conocido que nuestro Derecho Administrativo tiene no sólo origen sino una fuerte influencia del Derecho francés, que en una tradición normativa de corte continental europeo se afirma en el aquel paradigma revolucionario del Principio de Legalidad con sentido tradicionalista

De esta forma, el Principio de Transparencia que aquí se analiza, no obstante la constitucionalización de nuestro derecho, empieza necesariamente por el Principio de Legalidad, sustento primordial del nuestro Derecho Administrativo y, por tanto, de la contratación pública estatal.

De esta forma, la indagación que se hace en este documento empieza con el Principio de Legalidad, el cual es considerado como un aliado en la lucha contra los procesos y procedimientos arbitrarios –proscritos en las Constituciones modernas-, dado que al ser la contratación estatal una secuencia nutrida de procedimientos (cumplimiento del Principio del Debido Proceso), garantiza no sólo el debido actuar del ente público que inicia el proceso contractual sino el de los participantes y hasta el interés de toda la comunidad. En sí, el cumplimiento de dicho Principio de Legalidad lo que hace es dotar de garantías el proceso contractual estatal, mostrando buena fe y transparencia de parte y parte (Administración y administrados)

Sin embargo, el cumplimiento del Principio de Transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal colombiana, en observancia de todas las normas, procesos y procedimientos (Principio de Legalidad y Principio del Debido Proceso) que ella establece, en un relacionamiento que tiene muchos interactuantes, carecería de ese necesario elemento teleológico de las actuaciones públicas si no se respetara la dignidad humana como suprema expresión de

nuestro ordenamiento jurídico. Pues, no sólo se cumple la ley por cumplirla, si no que en el Estado social de Derecho el dinamismo del ('nuevo') Principio de Legalidad, con la Constitución en su máxima jerarquía –artículo 4 constitucional-, nos impone proteger dicho principio como fundamento de toda la organización política democrática en absoluto respeto por los derechos humanos.

Luego de la conceptualización del Principio de Transparencia y su relacionamiento con otros principios de rango constitucional, se muestra, con un propósito de validación histórica, cómo aquel ha orientado desde siempre los procesos de selección en materia contractual, comportando una cada vez mayor consolidación con cada cambio normativo.

A continuación, y ya estando ubicados en el segundo capítulo se aborda el análisis del Principio de Transparencia en cada uno de los procesos de selección del contratista, desde la Licitación Pública, la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos y la mínima cuantía, notándose con gran evidencia que, no obstante haberse concebido en algún momento al proceso de licitación pública como la regla general que daba el máximo de garantías en los procesos contractuales para la lucha contra la corrupción, el Principio de Transparencia debe cumplirse en *todos* y cada uno de tales procedimientos selectivos, incluso en el más libérrimo de todos como es la contratación directa.

Asimismo, se analiza cómo el SECOP en su calidad de herramienta *electrónica* fue concebida –desde la política pública hasta su consagración legal- con un propósito decididamente anti-corrupción, a manera de instrumento de apoyo a la gestión contractual que apoye la debida transparencia de las entidades contratantes.

El SECOP evidencia los Principios de Legalidad y Transparencia de los procesos contractuales, porque a través de él la Administración pública que quiere contratar, plasma la exigencia de mostrar el resguardo del cumplimiento de los procedimientos, esencia garantística del Derecho administrativo.

Finalmente, no sobra apoyarse en la doctrina internacional para fundamentar la posición jurídica aquí defendida, de tal suerte que en *Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa* se afirma que ‘(...) más allá de cómo es tratado el procedimiento administrativo, no puede obviarse la tensión que se experimenta entre el particular y la Administración en cuanto esta última ejerce el poder. Esta concepción puede considerarse como defensiva en tanto y en cuanto al particular se le brindan las armas para oponerse a una decisión que lo afecte y se enmarca dentro del concepto amplio de Tutela Judicial efectiva que se corresponde con el Estado de Derecho. Dado que la autoridad administrativa no es una instancia independiente comparable a un tribunal, sino también parte en el procedimiento, se debe garantizar la “*igualdad de armas*” entre la Administración Pública y las partes. Para cumplir con la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos el procedimiento administrativo debe garantizar sobre todo el *derecho a la información*. La autoridad debe brindar informaciones a las partes sobre los elementos jurídicos y fácticos del procedimiento que son relevantes para la defensa de sus posiciones constitucionalmente protegidas y darles acceso a los expedientes. Además, las decisiones que gravan al administrado deben ser fundadas para que el afectado pueda examinar la decisión y valorar las perspectivas de éxito de remedios y recursos. Por último, la Administración debe otorgar a aquellos que son potencialmente agravados por la decisión en el marco de un procedimiento la posibilidad de presentar sus puntos de vista. Sin embargo, tales derechos procedimentales no pueden sustituir completamente la necesidad de determinar el

contenido de la norma de autorización por una instancia de la tutela judicial posterior; a lo mejor estos derechos procedimentales pueden complementar una tutela judicial en casos específicos. Por eso, sin una tutela judicial efectiva ninguna garantía que se reconozca en una Carta Constitucional tendrá los resguardos necesarios para asegurar su vigencia y *la dignidad de la persona humana*.¹
(Cursivas y negrilla fuera de texto original)

La respuesta final encontrada al interrogante planteado es el cumplimiento del Principio de Transparencia en los procesos de selección de la contratación estatal colombiana a través del SECOP, dado que aquel se afianza en el Principio de Legalidad, el Principio del Debido Proceso y el Principio de la Dignidad Humana, como pretensión de valor y respeto a los derechos humanos.

¹ Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Argentina: Eudeba, 2011. ProQuest ebrary. Página 12.

1. CONCEPTOS GENERALES

La contratación estatal, y más aún los principios bajo los cuales ella se rige, está estrictamente sujeta al marco legal en el que se desarrolla. Este talante de corte legalista determina de forma definitiva la incidencia del Principio de Transparencia de los procesos de selección de los contratos estatales, aunque parezca redundante decirlo; pues debe evidenciarse de forma constante en cada una de las etapas contractuales, hasta la finalización de todo el proceso.

Lo anterior nos lleva a entender el por qué, ‘La administración pública, o más concretamente: todos aquellos entes y sujetos que ejercen funciones públicas administrativas, se encuentran obligados, de manera permanente, a sujetarse a un singular y estricto *principio de legalidad*, que los habilita tanto para la adopción de actos administrativos, caracterizados por su unilateralidad, exorbitancia y ejecutoriedad, como también para la celebración de contratos estatales, conforme a los intereses generales.

Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral –el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos-, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.

Lo anterior implica, dado el origen privado de la institución, reconocer su inmensa complejidad conceptual, ideológica y política cuando una de las partes es un sujeto de derecho público, fenómeno que da lugar al surgimiento de una especial

categoría negocial a partir de los contratos de los entes públicos, denominada en la reciente legislación nacional como “contrato estatal” y que se caracteriza por articular, de manera permanente, su doble naturaleza de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, y de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado.

Esto significa que el estudio de la institución desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado, en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general.²

En opinión del doctor SANTOFIMIO GAMBOA, ‘(...), se puede concluir que la contratación estatal se encuentra siempre sujeta al principio de legalidad, que no existe espacio alguno para la arbitrariedad administrativa o de los particulares que ejerzan funciones administrativas contractuales. Sin excepción, todos los aspectos relacionados con el contrato estatal se vinculan al contexto normativo, sea éste de derecho administrativo, civil o comercial.’³

‘La actividad reglada se presenta fundamentalmente respecto de materias sujetas a una legalidad estricta, donde el margen de operatividad del responsable de la

²SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación indebida*. Universidad Externado de Colombia, 2004. Página 21.

³SANTOFIMIO GAMBOA, ibídem, página 118.

contratación se da prácticamente en la dirección que se establece en la norma, entre otros, en asuntos tales como: la aplicación de los pliegos o términos de referencia; el desarrollo de los diferentes procedimientos de escogencia de contratistas; el cumplimiento de los requisitos o requerimientos de la planeación del contrato; la aplicación de las reglas sobre escogencia objetiva de contratistas; la aplicación de las cláusulas de excepción; al igual que en prácticamente todo lo relacionado con los principios del interés general; la planeación, la escogencia objetiva y la transparencia.⁴

Teniendo siempre como derrotero en este trabajo el Principio de Transparencia⁵ en los procesos de selección en la contratación estatal a través del SECOP, debe

⁴SANTOFIMIO GAMBOA, ibídem, página 119.

⁵La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha visto en el Principio de Transparencia de la contratación estatal un determinante esencial del contrato, de esta forma señaló que: 'Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Esto último aparece regulado en los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, al disponer que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir informes, conceptos y decisiones que se rindan y adopten, además de fijar un aviso en donde se invita a presentar propuestas, cuando se trata de enajenación de bienes estatales a través de contratación directa.// Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina.// El principio se concreta legalmente en varios aspectos, tal como surge del artículo 24 de la Ley 80 de 1993: la escogencia del contratista se debe efectuar siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo los casos expresamente previstos en el numeral I de esta norma; se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el proceso de contratación; los proponentes pueden solicitar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública; se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales, de las actuaciones y propuestas recibidas; se elaboran los pliegos de condiciones o términos de referencia con reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las ofertas; se señalan las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia; se motivan los actos administrativos que se expidan, excepto los de mero trámite; se actúa sin desviación o abuso de poder sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto.// Se trata, sin duda, de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los *principios constitucionales de igualdad, eficiencia, imparcialidad y publicidad* aplicados a la función administrativa (art. 209 C.N.)' Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de diciembre de 2000, exp. 17088, M.P.: ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

afirmarse que 'Referirse a la transparencia dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general.'

En una jurisprudencia de la Corte Constitucional, ésta Corporación reconoce expresamente el Principio de Transparencia como determinante de la contratación estatal, y señala: 'Cabe recordar que el principio de transparencia, a que alude el artículo 24 de la Ley 80 de 1983, garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. La aplicación de dicho principio implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la C.N.// En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24 exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada' Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M.P.: ALVARO TAFUR GALVIS.

⁶SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, página 188. Como bien lo afirma JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, en su libro de *Fundamentos de derecho administrativo*, citado por SANTOFIMIO GAMBOA, el sistema democrático '...es un sistema que se presupone, por definición, transparente: el poder y sus órganos, se piensa, no deben tener secretos para los ciudadanos, por lo mismo que éstos son los auténticos titulares y propietarios de aquel. Es notorio, por otra parte, que los sistemas autoritarios o totalitarios tienden naturalmente a levantar un velo impenetrable de misterio sobre la actuación de sus poderes: el secreto, ciertamente incrementa la

1.1. Concepto.

La aplicación del principio de transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal colombiana tiene un fuerte referente en el principio de legalidad que sustenta todo nuestro ordenamiento jurídico; principio de legalidad, fundado en la observancia estricta de los procedimientos propios del proceso contractual, que tiene como máxima final la dignidad humana. Es decir, que el principio de legalidad que encontramos expresado, de manera estricta o tangencial, en los artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 9º, 29, 40, 93, 121, 122, 123, 209 constitucional, y que se cumple con la observación del principio de transparencia en los procesos de contratación en Colombia va teleológicamente ligado al respeto a la dignidad humana como suprema expresión de nuestro orden jurídico.

La anterior afirmación puede sustentarse de la siguiente manera,

La administración pública en su actividad administrativa tiene como finalidad la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, imprimiéndole dirección y orientación a los intereses comunitarios en los senderos del Estado de derecho.⁷Pero, 'el objeto de la actividad administrativa no se satisface por sí solo. Si bien es cierto que la norma jurídica lo atribuye institucionalmente, de igual manera diseña un preciso marco de competencias en cabeza de los servidores públicos con el fin de que cada uno de ellos colabore armónicamente en su ejecución, determinando oportunidades para su

eficacia de las técnicas de dominación y control social...' SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 251.

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Página 29

materialización y escogiendo los instrumentos más aptos y adecuados para el cumplimiento de estos cometidos.’⁸

Los servidores públicos materializan dicha actividad administrativa a través de la utilización básica y sistemática de dos instrumentos fundamentales, a saber, el acto administrativo, ‘de naturaleza unilateral, producto de (sic) ejercicio de poder público, en especial del encomendado a la función administrativa, [traducido] en la expedición de decisiones individuales o personales de claro carácter subjetivo, o también en regulaciones o reglamentaciones de carácter general o impersonal; (...) [y el contrato estatal], bilateral, fundado en conceptos que buscan la igualdad, de influencia *iusprivatista*, (...) que traslada la satisfacción del interés general , en especial del objeto de la actividad administrativa, al plano del tráfico jurídico ordinario propio de los particulares. Ambos instrumentos de la actividad administrativa con características, principios y naturaleza diversos, pero unidos en el propósito del cumplimiento y satisfacción de las finalidades estatales, básicamente encomendadas a quienes ejercen funciones administrativas.’^{9/10}

⁸Jaime Orlando Santofimio Gamboa, óp. cit. Página 31.

⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 31.

¹⁰Respecto a la existencia de estos dos importantes instrumentos y la posición doctrinal a nivel internacional, la cita hecha por el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa resulta pertinente transcribirla aquí, así: ‘JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR (*Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Raón Areces, 1991, pp. 874 y ss.) analiza con detenimiento lo que son las situaciones derivadas de un ejercicio en libertad de la administración y las propias del ejercicio de potestad, estas últimas dentro de las cuales podemos tipificar el Acto Administrativo. Ahora bien, esta dualidad naturalística no excluye la interesante discusión doctrinal suscitada en torno a la aplicación de los conceptos de negocio jurídico o de acto jurídico a las elaboraciones *iusadministrativas* a través de las cuales se pretende ubicar lo unilateral y bilateral dentro del término jurídico de negocio jurídico, respuestas estas de claro origen alemán. Al respecto se puede consultar el trabajo de FERNANDO GARRIDO FALLA. “El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. I, enero-abril de 1950, pp 117 y ss. Sostiene que la aplicación de este concepto al campo del derecho público tiene una considerable tradición en la literatura jurídica alemana, y que, si bien es cierto que en la doctrina francesa no ha tenido acogida, entre ellos se ha desarrollado el concepto de acto jurídico que hasta cierto punto llena el “hueco” que se produce con la ausencia del negocio. Según la concepción

Ahora bien, sea que la materialización de la actividad administrativa de la Administración Pública se dé a través del acto jurídico o del contrato estatal, en ambos casos, para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, dicho accionar debe estar enmarcado en observancia al principio de legalidad que implica la observación del procedimiento para la formación del acto o contrato; al cumplirse el procedimiento de la actividad administrativa, se evidencia la presencia de la ‘garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración, en procura de decisiones administrativas sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales,’¹¹

alemana (formulada inicialmente por KORMANN), el negocio jurídico podría entenderse como “cierta actuación jurídica en la que la voluntad del actuante está dirigida a producir determinados efectos en derecho, el negocio será público cuando el sujeto que actúa aparece como soporte de derechos y obligaciones públicas”. Concepto dentro del cual quedaría incorporado el acto administrativo de efectos personales o individuales. GARCÍA-TREVIJANO FOS (*Los actos administrativos*, cit., pp. 70 y ss.) aborda el tema mostrando su no aceptación pacífica por la doctrina administrativa. Precisamente, si hacemos una aproximación a la doctrina alemana clásica del derecho administrativo, encontramos que un autor como OTTO MAYER en su *Derecho administrativo alemán* (t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 126 y ss.), para algunas clases de actos administrativos, ubica su naturaleza en actos jurídicos similares a los del derecho privado (negocios jurídicos), como sucede con las denominadas disposiciones para las cuales propone la noción de acto jurídico de derecho público. Sin embargo, como lo advierte GARCÍA-TREVIJANO FOS, estas elaboraciones no son de recibo pacífico; dentro de la misma doctrina alemana un autor como ERNST FORSTHOFF (*Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 284) critica esta postura doctrinal y sostiene en contrario que “El acto administrativo y el negocio jurídico se excluyen...”, aceptando este último tan solo para los contratos de la administración pública. ALFREDO GALLEGU ANABITARTE *et al.* (*Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 38 a 45), después de analizar la influencia de las construcciones teóricas alemanas sobre esta discusión, concluyen que, independientemente de los efectos prácticos, el tema constituye un aspecto importante de la cultura jurídica que nos lleva a vincular necesariamente el derecho civil con el administrativo, en un ambiente de controversias que pueden resultar estériles.’ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 31.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Derecho Administrativo 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. Página 19.

Independientemente de la teoría jurídica que apliquemos y la ubicación geográfica de ella –alemana o francesa¹²– que acojamos para el entendimiento del acto administrativo, la dogmática respecto de éste ha cambiado, pues ha pasado de ser la decisión inicial de toda actuación, a ser ‘el producto final de un procedimiento debido y adecuado a la ley, plenamente garantístico, en donde, previo debate y participación de los posibles destinatarios del accionar administrativo, se adopta una decisión creadora, modificadora, transformadora en alguna forma del ordenamiento jurídico específicamente aplicable al interesado, o como el moderno constitucionalismo lo acepta, también al conjunto de interesados o colectividad en

¹² “La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa (...) se relaciona con la evolución del Estado de derecho que tiene como punto de partida el Código austriaco de los procedimientos administrativos de 1925 y no propiamente la conceptualización clásica francesa en relación con el concepto de acto administrativo de contenido individual.” La nueva concepción del Estado social de derecho y la forma como su Administración pública actúa ha cambiado la manera como ésta lleva a cabo su actividad, así las cosas: ‘El acto administrativo de contenido individual como figura y columna central del derecho de la administración pública resulta ser, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando, y que se consolidan en la práctica revolucionaria francesa condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789, que sirvió de preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan, a título imperativo para la nueva conformación política, los intereses de la clase burguesa triunfante. El naciente Derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración, y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar, obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica. Definitivamente, el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses, situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determinó el sentido y la necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos, en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuvieran un campo fructífero e ideal frente al despotismo y la arbitrariedad de la administración ante esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios. En este contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y luego del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa, estuvo signado por los destinos de los derechos subjetivos de raigambre individualista, lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática. Sin embargo, el moderno constitucionalismo y el reconocimiento de los intereses colectivos hizo evolucionar esta idea madre inicial, entendiendo que el concepto de acto administrativo y el de los procedimientos administrativos deben entenderse y aplicarse bajo conceptos garantísticos, igualmente a la formación de decisiones de carácter colectivo.’ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibidem*, pp. 19 y ss.

general, cuando pueda ser objeto de una decisión administrativa que aborde de alguna maneras (sic) sus derechos subjetivos, al igual que los colectivos’.¹³

Si bien es cierto que en una conceptualización inicial la Administración pública se ubicaba en una posición de superioridad y exorbitancia respecto de sus asociados, donde la manifestación de sus decisiones se caracterizaban por una formación unilateralizada, con ausencia de controversia, réplica o argumentación de parte de los sujetos pasivos a quienes les afectaba o incidían, dentro de una concepción actual vinculada al Estado constitucional y social de derecho, la actuación de la administración –ya sea a través del acto administrativo o del contrato estatal- no puede seguir entendiéndose como un actuar espontáneo y aislado, ‘simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos’. La actuación de la Administración es, entonces, y claramente, un producido final donde lo público y lo privado ha interactuado mediante el ‘debate, la controversia y la participación’.¹⁴

¹³Jaime Orlando Santofimio Gamboa, óp. cit. Página 22 y ss. Reforzando esta idea del acto administrativo no como acto inicial sino como una decisión que abarca muchos momentos y su necesaria relación con los derechos subjetivos y colectivos de los asociados, el doctor Santofimio Gamboa señala también que: “Son, en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o los beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica del derecho subjetivo de corte individualista. Se trata, por tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva, desde la perspectiva de la pertinencia, a entenderlo como propio de todos de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, y por lo mismo, objeto de protección mediante la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, mediante las actuaciones administrativas”. NICOLAS LOPEZ ALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168.

¹⁴Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 24.

Este escenario, ahora natural y obligado, de debate, controversia y participación donde se desarrolla la actividad administrativa es el proceso¹⁵, el cual siendo típico de las actuaciones judiciales, con el Estado constitucional y social de derecho, pasa a ser presupuesto de toda actuación de la Administración, además de garantía para los asociados.

Sin embargo, no sólo en el escenario de un proceso, sino en el cumplimiento de un procedimiento, como sería el de la contratación estatal llevada a cabo por las diferentes entidades de característica estatal, la función administrativa es planteada bajo la necesidad de la presencia del sujeto de futuras decisiones como ‘un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades, para lo cual se hace indispensable consolidar el principio de legalidad y acatamiento al orden jurídico por parte de las autoridades a través de procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos’.¹⁶

¹⁵“Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa con la administración, por parte de las personas que pudieren resultar individualmente afectadas con sus decisiones. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente los derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones, que implicaban una prolongación de la ideología de injustificable poder público en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban a la luz de los preceptos democráticos y hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones de poder”. BREWER-CARÍAS, Allan R. *El Derecho administrativo y la Ley orgánica de procedimientos administrativos*. Colección Estudios Jurídicos, N. 16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992. Página 13.

¹⁶Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 25.

Bajo el anterior supuesto, la Administración en su ejercicio y relacionamiento con los particulares deja de lado el ejercicio de la arbitrariedad¹⁷ o desafuero –que realmente sería la concreción de la más descarada ilegalidad– para garantizarle a las personas que se relacionan con ella sus derechos de carácter exigible a través de la interacción, participación, contradicción;¹⁸ es decir, de un procedimiento entablado en una doble vía donde se le rinde el máximo respeto al principio del debido proceso.

Como lo señala el doctor SANTOFIMIO GAMBOA, en su libro sobre *Procedimientos Administrativos y tecnología*, ‘La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que, en la práctica, la legalidad, al igual que los demás principios, reglas y valores del ordenamiento jurídico, sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de mecanismos claros sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan, de lo contrario las decisiones

¹⁷Corte Constitucional. Sentencia T-018 de 2009. “Se concluye entonces que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas”.

¹⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 26. Apoyando esta idea, el doctor Allan R. Brewer-Carías indica que: “Ya no es un particular indefenso el que la administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías” BREWER-CARIAS, Allan R. *Instituciones políticas y constitucionales*, T. VII. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira y Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977. Página 14

correspondientes estarían viciadas por violación del debido proceso en especial del derecho de audiencia y defensa'.¹⁹

De esta forma, el principio de transparencia en los procedimientos de contratación pública estatal se cumple sólo con la observancia del principio de legalidad que se contiene en el cumplimiento del debido proceso, que siendo dinámico y cotidiano,

¹⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 29. Citando SANTOFIMIO a MERKL, indica que 'todos los actos administrativos son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. Encontramos, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que sirven de sendero. En el fondo, agrega MERKL, "Toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo". En este sentido destaca MERKL el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al Derecho administrativo – Derecho procesal administrativo-, como la suma de reglas de producción de los actos administrativos, entendiendo el procedimiento administrativo como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir el "acto administrativo". Enuncia así mismo el autor las que en su opinión son las dos justificaciones político legislativas de la incorporación del procedimiento al Derecho administrativo; estos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a. La necesidad existente en el momento actual del Derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales, esto porque "... en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración ...", y b. El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar, en un ámbito de participación, sus asuntos con la administración, y a ésta las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general: "La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el Derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma...". Lo anterior implica aceptar que el Derecho administrativo moderno incorpora, como una necesidad inaplazable, el proceso al estudiar la teoría del acto administrativo, en especial en todo lo referente a los momentos previos a su formación. Es decir que estamos incursos en un fenómeno de proceso jurídico que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucren en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón que iniciar el estudio sobre la materia implica un acercamiento tanto material como formal a la teoría general del proceso, de la cual el proceso administrativo es una de sus ramas. En este sentido, siguiendo a MERKL, consideramos que "el Derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del Derecho procesal, y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento un caso particular del procedimiento jurídico en general.'" *Ibídem*, páginas 27 y 28.

garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al Derecho y a la democracia.’²⁰

Los procedimientos administrativos -y el que se surte con la contratación estatal es uno de ellos- a través de reglas y principios, dan garantías a los asociados y eficacia a las actuaciones públicas; ‘de aquí que el procedimiento administrativo resulte ser la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración.’²¹

Así las cosas, el proceso en general es un conjunto de actos interrelacionados y de naturaleza teleológica, que para el caso de la función administrativa – y específicamente para la efectividad del principio de transparencia en la contratación estatal –sería ese acervo de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce’²² dichas funciones.

Coincidimos plenamente con las afirmaciones del doctor SANTOFIMIO GAMBOA, que evidenciando la estrecha relación entre el cumplimiento del proceso y sus procedimientos y el principio transparencia –que se debe cumplir en la contratación estatal- , señala que: ‘El procedimiento no es más que el cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que el proceso pretende; de aquí su

²⁰Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 28

²¹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 28.

²²Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 29. El cumplimiento del procedimiento en materia de contratación estatal hace que a través del cumplimiento de pasos concatenados, aquel otorgue garantías a todos los participantes, cumpliéndose así la transparencia requerida. En este sentido podría afirmarse: “El procedimiento administrativo se presenta como una garantía de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública (...)” GALLEGU ANABITARTE, Alfredo *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2001. Página 135.

carácter teleológico. En este sentido, y en sus relaciones con el proceso administrativo sería toda sucesión formal de actos tendiente al cumplimiento de las competencias asignadas a quienes ejercen funciones administrativas, pudiendo culminar en la expedición del acto administrativo.

Es decir, se acepta de ordinario que el procedimiento administrativo no es sino la forma jurídica en que actúa la administración, su *modus procedendi*, instituido previamente para que a través de él la administración profiera sus actos administrativos. De esta idea se ha deducido que la legalidad de la actuación administrativa, en la medida en que es esta vía la que debe transitarse para llegar al acto administrativo, no se encuentra a la libre elección de los órganos correspondientes de la administración pública y ha debido ser prevista por normas superiores.²³

La naturaleza teleológica del proceso administrativo lleva a que la concreción de él se de a través del acto administrativo, pero no por sí mismo, sino en la medida que éste esté de acuerdo al ordenamiento jurídico, de sus principios, de sus valores y reglas.²⁴ Dado lo anterior, el procedimiento administrativo se debe entender como el instrumento más importante con el que cuentan quienes ejercen funciones públicas administrativas para el completo y pertinente cumplimiento de las finalidades de un Estado social y democrático de derecho, así como para el entablamiento tripartito de la relación entre los poderes públicos, el Estado y los asociados.²⁵

²³Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 30.

²⁴Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 30.

²⁵Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 31.

La condición de Estado social y democrático de derecho es ‘la base doctrinal de las finalidades públicas, el respeto a la legalidad y los derechos fundamentales de los asociados, y, sobre todo, desarrollan los principios sustentadores del concepto del debido proceso y de las garantías absolutamente sustanciales que toda actuación pública procesal realmente democrática implica.’²⁶

El Estado social²⁷ y democrático de derecho – y el colombiano es uno de ellos- es un concepto general de reciente conformación en la doctrina constitucional que guía sin mucha dificultad los principios, reglas y valores sobre los cuales se debe apoyar la administración pública para lograr sus postulados, tanto con base en un marco legal como en los diferentes presupuestos constitucionales que le dan contenido. Este Estado social nos direcciona al principio de legalidad como regla,

²⁶Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 32.

²⁷Sobre el Estado social de derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1064 de 2001 indicó: ‘En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado social de derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 C.P.); apoyar a los desempleados (art. 54 C.P.); y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. 2); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 C.P.). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender. De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos [...]’

que se concreta en el cumplimiento del principio del debido proceso, ejemplificado en el acatamiento de los procedimientos administrativos públicos para la satisfacción de sus cometidos.²⁸

Referirse al Estado social es tener en cuenta, sin lugar a dudas, que el principio de igualdad debe cumplirse en un sentido material comprehensivo y no simplemente formal. Como lo afirmara H. HELLER, citado por el doctor SANTOFIMIO GAMBOA, 'La igualdad material implicaba, por lo tanto, para el legislador, reconocer derechos, y para la administración, adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos más allá del ámbito estricto del individualismo y de los simples derechos subjetivos'²⁹Y dicha igualdad material sólo es realizable a través del estricto cumplimiento por parte de la Administración de la exigencia de la legalidad de los procedimientos administrativos, dados en un Estado cuyos fines están entroncados a la realización del orden social y el cumplimiento de los principios democráticos de todo orden. De allí la importancia decisiva de la Administración, a través del cumplimiento de su función administrativa pública, en la consolidación del Estado social y democrático de derecho.³⁰

Ahora bien, para el cumplimiento de las exigencias sociales, el Estado debe fortalecer su aparato administrativo, lo cual implicaría la existencia de un

²⁸Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 33.

²⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 37.

³⁰Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 37. Como lo expresa el doctor ALFONSO PAREJO, 'La Administración es la pieza capital en el cumplimiento del principio social de este Estado. Ello significa que la atención que late en entero estado de legitimación (a través del pluralismo político y la sumisión al derecho) y eficacia (satisfacción de los objetivos sociales: máxima igualdad posible en cada momento en la distribución de los bienes materiales y culturales) se hace especialmente acusada en el ámbito administrativo.' PAREJO, Alfonso. *El concepto del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984. Páginas 261 y 262.

procedimiento ordenado para efectos de las cosas de la Administración, seguridad jurídica, el otorgamiento de garantías, participación de los asociados y, en general, el cumplimiento de la legalidad establecida en la Constitución.³¹

Los procedimientos administrativos públicos, además, son cumplidos por la Administración dentro de un marco constitucional y democrático del Estado de derecho que sustenta aspectos como ‘la inclusión, el equilibrio, la igualdad, la transparencia, el debido proceso, la libertad de los asociados en sus relaciones con los poderes públicos y sobre todo la seguridad jurídica.’³²

Así mismo, al tratar de establecer una conexión entre Estado democrático³³ y el Estado social, observamos claramente que ellos son establecidos constitucionalmente con una estructura institucional y de poder que deja por fuera el ejercicio de la arbitrariedad y la autocracia y se sustentan, por lo contrario, en la igualdad y libertad exigida para el cumplimiento de sus fines, caracterizando bajo el cumplimiento de una estricta legalidad la actividad del legislador, de los

³¹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 38. Además, como forma explícita de cumplirse la transparencia en los procesos de contratación estatal, y mucho más a través del SECOP, podríamos afirmar como lo hace Santofimio Gamboa que: “Los procedimientos administrativos constituyen en esta perspectiva instrumentos invaluable de orden, seguridad y garantía para el logro y materialización de las finalidades público-administrativas; su existencia se justifica no sólo por razones de simple legalidad formal sino, principalmente, por el carácter constitucional finalístico de las materias encomendadas a la administración y que son su objeto inmediato, con el propósito de obtener decisiones enmarcadas dentro del respeto a los intereses y derechos tanto subjetivos como colectivos”

³²Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 38.

³³Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 2003. ‘La democracia puede definirse como el régimen político cuyo orden es edificado o construido a partir de la manifestación de voluntad de los gobernados, gozando éstos de libertades públicas y conservando la opción de controlar el ejercicio del poder. En otras palabras, es una forma de gobierno en el que “los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad [directa o indirectamente] ...”

procedimientos administrativos públicos y de la Administración en todos sus aspectos.³⁴

Por otra parte, la Administración pública al desarrollar los procedimientos administrativos debe apegarse a los presupuestos constitucionales establecidos por ese Estado democrático, en el que ‘la democracia domina, no sólo para la integración de los órganos o autoridades superiores de la administración, sino también en su interior’³⁵, evitando el ejercicio autocrático ‘no sólo por el ejercicio de los órganos de control, sino también por la proliferación de mecanismos de participación ciudadana, con efectos directos en el ejercicio de funciones administrativas.’³⁶

Dicho lo anterior, podríamos decir que la democracia se funda en el desarrollo del principio de igualdad – que en términos de la contratación estatal significaría el cumplimiento de dicho procedimiento con la máxima transparencia- no siendo más que el rompimiento de todos los privilegios, exorbitancias y arbitrariedades que alejan el ejercicio del poder de los intereses generales del mismo Estado y todos sus asociados.³⁷

³⁴Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 40.

³⁵Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 41.

³⁶Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 41.

³⁷En este mismo sentido, el doctor SANTOFIMIO GAMBOA señala “(...) así las cosas, un verdadero sistema democrático garantiza que la voluntad y actividad del Estado esté formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ella, y que el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, sea al mismo tiempo sujeto de este poder; la voluntad popular se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues soberano. Esta característica del sistema democrático aplicada al procedimiento administrativo lleva a la postulación de los principios de participación y controversia como elementos de su esencia.” Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem* página 41 y 42.

Bajo el entendido de la defensa y protección de los derechos fundamentales, el papel de la Administración pública en relación con el cumplimiento de los procedimientos administrativos deviene en esencial y garantizador en la medida que se sujete a un ejercicio democrático del poder, 'lo cual implica circunscribir cualquier trámite administrativo, en especial el que se sigue para la adopción de las decisiones, a principios como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre bases ciertas, entre otros, los fines de supremacía del interés general³⁸, *inclusión social*, protección a los derechos individuales y colectivos, no discriminación, *igualdad, transparencia*, pluralismo, tolerancia, *participación, objetividad, imparcialidad, publicidad* y previsibilidad.'³⁹ (Cursivas fuera de texto original)

Así las cosas, tenemos que los procedimientos administrativos tienen un contenido dogmático, sustancial y finalístico que sólo podría realizarse en el contexto del Estado social y democrático de derecho, y de la correspondencia con dicha "concepción" dependerá la validez de cualquier decisión administrativa, individual o colectiva.⁴⁰

³⁸Reforzando la idea del principio constitucional del interés general, el cual opera como faro en cualquier ejercicio, proceso o procedimiento, de la Administración pública, debe afirmarse como lo hace el doctor SANTOFIMIO GAMBOA, que: 'La cláusula constitucional de Estado democrático, coadyuvada al concepto material de Estado social, consolida de manera magnífica, en una proyección finalística, el concepto de interés público y general, y constituye, a no dudarlo, el faro y guía maestra de la actuación pública en relación con la plenitud de los poderes públicos. La democracia, reconducida a estos aspectos, se configura entonces en garantía de realización del principio constitucional del interés general.' Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 43.

³⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 42.

⁴⁰Dentro de este contenido dogmático, sustancial y finalístico de los procedimientos administrativos, podría afirmarse: '(...) en vigencia de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, el procedimiento administrativo tiene un objeto preciso y una finalidad concreta: garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, *transparencia*, debate y controversia entre quienes ejercen la función pública administrativa y cada uno de los destinatarios de sus decisiones, dando sustentación al debido proceso de manera que se protejan y garanticen de manera igualitaria y plena los derechos

Ahora bien, con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se incorporaron unos principios de las actuaciones y procedimientos que si bien no son nuevos, por ya encontrarse establecidos en nuestro ordenamiento constitucional –propios del Estado social y democrático de derecho-, la novedad consiste en que ellos son ahora instrumentos de interpretación y aplicación de las normas y reglas que *debe* usar la Administración pública; es decir, toda la normatividad procesal administrativa se rige con esta herramienta de utilización y aplicación⁴¹. Muestra clara de ello son las previsiones del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, que reza:

‘Artículo 3º Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, *transparencia*, publicidad, coordinación eficacia, economía y celeridad.’ (Cursivas propias)

subjetivos y colectivos, las libertades públicas, el interés general y demás fines del Estado, bajo un contexto de respeto y acatamiento absoluto al ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores, al igual que a los asociados y las autoridades, haciendo que la administración satisfaga las necesidades públicas, cumpla con sus funciones, preste los servicios que le han sido atribuidos, y los particulares o la comunidad en general acate y materialice sus deberes y demás compromisos como actores de la sociedad.’ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 44. Legalmente, esta afirmación se apoya en el las prescripciones de la Ley 1437 de 2011, artículo 1º.- “Finalidad de la parte Primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás precepto del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”

⁴¹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, páginas 48 y 49.

Claramente, las bases conceptuales de tales principios están en la Constitución, en la Ley y en la mismísima noción del Estado de derecho, 'que recoge y sistematiza los denominados principios de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, sometimiento y respeto a los derechos fundamentales, división de poderes y control a la actividad pública, todos ellos de aplicación indubitable en cualquier actuación administrativa.'⁴²

Pero si de ahondar en la fundamentación constitucional y legal de los procedimientos administrativos se trata, no puede dejar de citarse el artículo 29 constitucional, donde resulta clarísimo que el debido proceso imperativamente se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y, por otra parte, el artículo 209 de la Constitución Política que da un conjunto de principios que son el fundamento de la función administrativa y dentro del cual se encuentra el de *publicidad*, conectado de manera inmediata con el de transparencia que se maneja en los procedimientos de contratación estatal. '[E]n general los principios con sus fuentes, tanto constitucionales como legales, configuran el gran bloque de la legalidad en materia de principios para las actuaciones administrativas. (...) La sola remisión a la Constitución Política, incorpora a las actuaciones administrativas dentro de un contexto mucho más amplio al de la simple legalidad tradicional y clásica, ubica su problemática en el contexto de la legalidad internacional y en su vinculación con la problemática de los derechos humanos y su protección.'⁴³

A la par del principio de prevalencia del interés general⁴⁴, presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa, y cuya finalidad es que el

⁴²Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 50.

⁴³Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 51.

⁴⁴El Principio de prevalencia de la prevalencia del interés general es de primer orden de importancia en el surgimiento del Estado de derecho, pues como lo afirma SANTOFIMIO

Estado satisfaga desde diferentes aspectos y primordialmente a la comunidad que representa, está el Principio de legalidad, como característica determinante del Estado de derecho.

El principio de legalidad al que están sometidas las autoridades públicas, y que implica la sujeción indiscutible a un orden jurídico, tiene consagración directa en el artículo 121 constitucional, pero ante todo está sometido al Estado de derecho. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo cuando afirma, ‘Toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho la cual constituye una limitación del poder administrativo. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite de su acción. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala. Por ello el control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad

GAMBOA, ‘En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad genera como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema. En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente , para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.’ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibidem*, página 52.

de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada por la ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad. Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa *secundum legem* al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Marienhoff, tienen su proyección nítida en el Derecho positivo colombiano.⁴⁵

Ahora bien, el principio de legalidad que rige para la Administración pública en todos y cada uno de los procedimientos administrativos que ella desarrolla –y dentro de los cuales se encuentra el nutrido procedimiento de actos administrativos que se encuentran presentes en la contratación estatal- no se agota con la simple consagración que del mismo hay en la Constitución o la correspondencia de la actividad de la Administración pública con una determinada regla de derecho existente en una norma; es mucho más complejo que eso, puesto que ‘al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediablemente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico. (...) Si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial. La vinculación puede estar dada por normas generales, por el bloque de legalidad, que puede incluso comprender principios y valores.’⁴⁶

⁴⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921

⁴⁶Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 54. En este mismo sentido, la Corte Constitucional manifestó en Sentencias T-982 de 2004 y T-909 de 2009, “Desde la perspectiva antes

Además, dicho principio de legalidad se entabla en una doble vía, tanto para gobernantes como para gobernados; aunque para la Administración pública no se trata sólo de un cumplimiento formal o estricto de la norma, sino también ‘el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores principios hacia horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general.’⁴⁷

Pero, la legalidad exigida a la función administrativa no es sólo presupuesto de la actuación de la Administración pública, pues aquella es indispensable tanto en la formación y desarrollo de los procedimientos administrativos como en la validez de los producidos que de ellos se derivan (actos administrativos)⁴⁸

señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo al cual ‘toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión’ (arts. 4º y 122 C.N.) De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad.”

⁴⁷Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 56. En este mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencias C-1144 de 2000, T-072 de 2008, C-564 de 2000 y T-200 de 2010 ha indicado: “[...] El principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, ‘de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes’” “[...] La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas.”

⁴⁸Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000. “El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados. Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados,

Como ya se había dicho antes, el Principio de legalidad es un concepto sustancial de derecho que se explicita en la totalidad de las normas, principios y valores del sistema jurídico, considerado éste no sólo el ordenamiento interno que nos rige, sino las previsiones contenidas en el artículo 93 constitucional y que conforman el llamado 'bloque de constitucionalidad', entendido a su vez como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, el cual conforma un *corpus iuris* internacional como parámetro de validez del acto administrativo (Debido proceso y cumplimiento de procedimientos administrativos) y de actuación del juez contencioso administrativo.

Los actos administrativos, y los procedimientos administrativos que sirven de base para su conformación, deben estar en consonancia con ese Principio de legalidad que subyace en la cláusula del Estado social de derecho y que a su vez tienen dicho referente internacional obligatorio. Por lo tanto, las actuaciones de la Administración pública que se rigen íntegramente por dicho principio y el del

ene l marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad. Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición. En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como 'el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia ...'

control de la actividad pública deben sintonizarse con dicha cláusula (artículos 1, 2, 4, 9, 93 constitucional) En este sentido, la Administración pública tiene una vinculación positiva al principio de legalidad, que no tiene que ser de carácter especial sino que puede estar dada por normas generales, incluso principios y valores.⁴⁹

Así las cosas, en un Estado social de derecho, el Principio de legalidad que cubre los actos administrativos proferidos por la Administración pública se materializa como una cobertura de la ley, sin la cual los actos proferidos por ella serían ilegales y carentes de validez; pero, el Principio de legalidad tiene –como se ha mostrado– un gran dinamismo, con una fuente primaria que es la supremacía de la Constitución dado por su artículo 4º, y su evolución está agarrada de la expansión del bloque de legalidad en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que imponen a Colombia la obligación de ‘proteger la *dignidad humana* como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos.’ (Cursivas fuera de texto original)⁵⁰

De esta forma, el principio de legalidad que debe observarse en el cumplimiento del principio del debido proceso –procedimientos administrativos– se concreta específicamente a través del principio de transparencia de la contratación estatal; y dicho cumplimiento de la legalidad y del principio de transparencia son exigencias máximas que se le hacen al Estado social y democrático de derecho –y a su Administración pública en ejercicio de la función pública– para el respeto al mayor de los derechos humanos que es la dignidad.

⁴⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 59 y 60.

⁵⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 60.

1.2. Evolución histórica

Previamente se ha referido la vinculación que tiene el Principio de Transparencia con el Principio de Legalidad en los procedimientos administrativos que desarrolla la Administración pública, pertinentes a los procesos de selección en la contratación estatal colombiana.

Dichos procesos de selección, cuyos actos previos, de desarrollo y finales se van sucediendo a través de variados actos administrativos, cuya culminación final pretende ser la suscripción de un contrato estatal; el cual debe ser el producido del estricto cumplimiento del principio de transparencia.

Ahora bien, la contratación estatal ha pasado por varios momentos históricos, pero siempre con una idea de base que subyace a toda su concepción, el principio de transparencia.

Así las cosas, antes del año 1892, en Colombia, no existía diferencia alguna entre los contratos suscritos por el Estado y los que suscribían los particulares, ambos se regían por el derecho común (civil y comercial) y sus controversias eran resueltas por la jurisdicción ordinaria; nada se hablaba de la aplicación de principios particulares para su celebración. Es, entonces, desde el año 1892, y hasta los años cuarenta del Siglo XX, cuando se empieza a presentar la incorporación de las cláusulas positivas en los contratos, conocidas como exorbitantes, y con ellas un poder de intervención del Estado sobre los contratos diferentes al de los particulares⁵¹.

⁵¹Sentencia 135 del 1 de octubre de 1987, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el Estatuto Aduanero.

En la década de los años cincuenta, se introduce el concepto de ‘contrato administrativo’⁵², bajo la influencia del derecho francés que, posteriormente, se recoge en nuestro país en los denominados ‘Estatutos Contractuales’; y, finalmente, se ve reflejado de manera especializada y concreta en el Estatuto General de Contratación Pública, expedido mediante la Ley 80 de 1993.

La Ley 80 de 1993 fue ampliamente reglamentada. Reformada posteriormente por la Ley 1150 de 2007, ya varias veces reglamentada,⁵³ las cuales son el presupuesto principal de la actividad contractual, de la aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 y demás principios de la actuación contractual.

Es así como, del análisis de la motivación de la expedición de la Ley 80 de 1993, es viable deducir que la precitada ley tuvo como inspiración el desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política, que consagra que la función administrativa debe desarrollarse con arreglo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, reforzada con los principios de transparencia, economía y responsabilidad, como principios rectores de la gestión contractual.⁵⁴

⁵² En la obra ‘La noción de contrato estatal’, el doctor VIDAL PERDOMO manifiesta que el concepto de contrato estatal, conforme a las tendencias advertidas en la Ley 80 de 1993, significa el abandono de la teoría del contrato administrativo surgida de la histórica diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. El doctrinante afirma textualmente que: ‘Hay en ese cambio de orientación de la ley una tendencia hacia la privatización, o sea el propósito de sustraer el régimen jurídico de los principios y prescripciones del derecho público, y acercarlo más al ordenamiento legal de los particulares (...)’ VIDAL PERDOMO, Jaime. *La noción de contrato estatal en el derecho colombiano*. s.p. Bogotá, 1999.

⁵³ IBANEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. LEGIS, Tercera edición. 2009, Pág. 744.

⁵⁴ ‘El nuevo estatuto contractual, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual la función administrativa debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, se

No obstante lo anterior, no define la Ley 80 de 1993 – Estatuto General de la Contratación Pública, como tampoco su norma reformativa -Ley 1150 de 2007-, el principio de transparencia, simplemente en uno y otro caso, lo asocia con la obligación de las entidades estatales de seleccionar al contratista, a través de licitación pública, y excluye de esta clase de selección al concurso de méritos al cual le señala un procedimiento especial y abreviado.

1.3. Análisis histórico de la aplicación del Principio de Transparencia en la Contratación estatal en Colombia.

Con base en lo expuesto anteriormente, resulta pertinente hacer un análisis histórico del nacimiento del contrato estatal en Colombia, con fundamento en la aplicación de los principios de toda la actuación administrativa, principalmente de orden constitucional, los cuales fueron incorporados en los procesos contractuales en las diferentes reglamentaciones hasta llegar a su máximo desarrollo con la Ley

estructura sobre principios generales a los cuales deben sujetarse las entidades públicas y los contratistas en su actuar contractual. En este orden de ideas, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que explicaremos a continuación constituyen una especie de tabla de la ley que deben asimilar los usuarios de la contratación, y que a su vez están concebidos como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales.//I. Principio de transparencia.//El artículo 24 del proyecto contempla el principio de transparencia en virtud del cual se garantiza en primer lugar la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas aún en los casos de contratación directa o urgente.//También se prevé que los interesados pueden ejercer el derecho de contradicción en los procesos contractuales, y por ello se dispone que las actuaciones de las autoridades sean públicas, permitiendo el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el acto de adjudicación de una licitación puede tener lugar en audiencia pública.//De otra parte, se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección.//Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública.’
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

1150 de 1993 y sus decretos reglamentarios; debiéndose resaltar que es el principio de transparencia –actualmente- el rector de toda la gestión contractual. De igual forma, es necesario considerar el aspecto de la contratación estatal, la aplicación de los demás principios vinculados con el de transparencia y su relación y expresión, en el derecho comparado.

Antes de la Constitución de 1886, el régimen que se aplicaba a los contratos que suscribía el Estado era similar al de los particulares, no existía ninguna diferencia, ni en cuanto a la celebración, ni en cuanto a la ejecución contractual, por lo tanto no había aplicación alguna de los principios constitucionales en la gestión contractual.

El principio de Transparencia tiene su desarrollo constitucional a nivel interno a partir de la Constitución de 1991, en los artículos (i) 209,⁵⁵ que consagra que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, publicidad, y el artículo 273⁵⁶, donde se establece como una facultad potestativa del Contralor General de la República, solicitar la adjudicación de las licitaciones públicas, con el fin de darle transparencia a los procesos que se adelantaban al interior de las entidades estatales.

⁵⁵**ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.//Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁵⁶**ARTICULO 273.** A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.//Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley.

Durante el Régimen Federal que se inicia en la época de 1850, con la introducción del Código Civil Francés en Colombia, el cual fue adoptado en todo el territorio de la República en el año 1873⁵⁷, se introdujo en los contratos que suscribía el Estado, como cláusula fundamental y a favor de éste, la cláusula penal pecuniaria, que consistía en aplicar una pena equivalente en dinero al contratista que incumpliera las obligaciones contraídas con el Estado, a través de contrato, previo establecimiento en el mismo de los perjuicios que podría sufrir el Estado con ocasión del incumplimiento⁵⁸. La sanción impuesta al contratista como producto de la aplicación de la cláusula penal era de competencia de la jurisdicción ordinaria, al igual que en los contratos que suscribían los particulares. Así las cosas, la única diferencia que existía entre los contratos que suscribía el Estado y los que suscribían los particulares era que los del Estado tenían dentro de su clausulado el establecimiento de la cláusula penal que se establecía a favor del Estado. Es de anotar, que aquí no hubo ningún procedimiento especial para la selección del contratista que de una u otra forma diera aplicación a principio alguno.

En el año 1873, aparece la cláusula de caducidad en el Código Fiscal Nacional, lo cual no tuvo mayor relevancia en la historia contractual de nuestro país debido al régimen federal existente en la época y a la escasa actividad contractual del Gobierno nacional⁵⁹.

⁵⁷ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá. LEGIS. 1999. Página 36

⁵⁸LEGIS. Estatuto General de la Contratación Pública. Pág. 1.

⁵⁹ SOLANO ANGEL, Jairo Enrique. Contratación Administrativa, Ediciones Librería del Profesional, 1994, pág. 6.

Luego de disuelta la Confederación de Estados, con la nueva adopción del concepto de Estado centralista, se dan dos cambios importantes en materia de contratación estatal, por un lado, la consolidación de una estructura del Estado central, con separación de poderes públicos y, en segundo lugar, la atribución por primera vez de funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado, para atender asuntos contencioso administrativos, diferentes al poder consultivo que había ostentado hasta el momento. Sin embargo, y aunque existía la Ley 130 de 1913⁶⁰, a través de la cual se crea el primer Código de Justicia, y, posteriormente, la Ley 60 de 1914, a partir de la cual se pone en funcionamiento la justicia contenciosa administrativa, esta normatividad poco influyó realmente dentro de la actividad contractual en razón a que no se dotó al Consejo de Estado de competencias para conocer de los controversias contractuales⁶¹.

La primera manifestación de diferenciación⁶² entre los contratos estatales y los contratos celebrados por los particulares, se da con los contratos de construcción y

⁶⁰ Artículo 1. La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley. Artículo 2. Esta jurisdicción se ejerce por el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo.

⁶¹ PARADA VASQUEZ, C. Lucha de las Jurisdicciones por la Competencia sobre los Contratos de Administración Pública. Sus Orígenes en el Derecho Francés \. En: Estudios en homenaje a Jornada de Pozas. T.I., Madrid, 1961, págs. 165 y ss.

⁶² Debe anotarse que, como lo indica el doctor SANTOFIMIO GAMBOA, '(...) el estudio de la institución desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado, en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre alguna de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general.//Los anteriores planteamientos, que hoy en día constituyen para el derecho administrativo el punto de sustento del contrato estatal, no siempre han sido de recibo pacífico por la doctrina y la jurisprudencia. La formación de una teoría sobre la materia ha estado signada por un camino tortuoso de interpretaciones y concepciones contradictorias, fundadas en discusiones interminables sobre la autonomía del contrato estatal, hasta llegar incluso, sobre la base de diferentes consideraciones doctrinales, a negar la posibilidad misma de su existencia.' SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, página 22. En este mismo sentido de

operación (concesión) de las vías férreas del país, a partir del año 1892, donde se consagró la venta forzada al finalizar la concesión, prórrogas automáticas, obligatorias en caso de presentarse la solicitud de compra por parte del gobierno y la reversión, sin derecho a indemnización, a favor del contratista al finalizar la prórroga.

En los contratos de concesión de vías férreas introducidos a partir del año 1892, se introduce también la cláusula exorbitante de garantías, la cual consistía en la prestación de una fianza a los concesionarios, que cubría el período de perfeccionamiento, con el fin de garantizar la suscripción y el cumplimiento del contrato.

Otras de las grandes manifestaciones de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales es la dependencia que se crea entre la cláusula penal con la declaración de incumplimiento del contrato, a través de acto administrativo, cláusula de caducidad-de aplicación en los contratos de construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos, los cuales surgen con la expedición de la Ley 53 de 1909⁶³, en sus artículos 4 y 5, rompiendo nuevamente la igualdad entre las partes contratantes.

apreciación del camino tortuoso de formación de una teoría del contrato administrativo se ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra 'La figura del contrato administrativo', al señalar: 'Sin embargo, la teoría del contrato administrativo sigue siendo notoriamente insatisfactoria. Un autor francés decía no hace mucho que este tema es "uno de los capítulos más desesperantes del derecho público"' GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La figura del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública, n. 41 y 42, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.963.

⁶³ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*, Quinta Edición, año 2005, página 26.

Con la Ley 53 de 1909⁶⁴, se establecieron dos tipos de cláusula de caducidad, una, que tenía como fuente las condiciones pactadas dentro del contrato, es decir quedaba inserta dentro del contrato de manera expresa, y otra, la presunta, originada por el incumplimiento del contratista, la cual se hacía exigible, aún sin haberse establecido previamente en el contrato.

A partir del año 1912, hubo un hecho relevante en materia contractual, relacionado con la incorporación del Principio Democrático de Igualdad de Oportunidades frente a la ley a los procesos de selección del contratista, con la inclusión del procedimiento de Licitación Pública para los contratos de arrendamiento, venta en pública subasta y suministro.⁶⁵

Tres años después, en el año 1915, se da inicio al poder exorbitante colateral del derecho administrativo contractual a través de la intervención del Estado frente a los contratos de obra y de concesión, donde el Estado tenía la posibilidad de hacer uso de la declaratoria de utilidad pública, expropiación de bienes y toma de posesión de contratos de concesiones férreas, con una normatividad intervencionista protectora de los intereses generales que tenía entre sus fines evitar la paralización del servicio y el logro de la satisfacción de los servicios esenciales.⁶⁶

⁶⁴ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *Ibíd.*, pág. 26.

⁶⁵ LEGIS. Estatuto General de la Contratación Pública. Pág. 3.

⁶⁶ 'La tesis de la sustantividad del contrato administrativo se consolida en el derecho francés a partir de la sustitución definitiva de los actos de autoridad y los actos de gestión como criterio central de delimitación entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria, con el surgimiento del criterio sustancial de los servicios públicos; circunstancia ésta que se origina con el fallo BLANCO de 1873, y en especial con el fallo del caso TERRIER de 1903, que le sirvieron a la doctrina para desarrollar la teoría de los contratos propiamente administrativos.//Esta teoría de todas maneras constituyó en su momento un importante aporte al contrato estatal: toda la construcción del contrato se transformaba a tal punto que comenzaba a sostenerse su naturaleza sustancialmente administrativa, abandonándose los criterios formales (a partir de un problema

A través de la Ley 167 de 1941, se expidió el segundo Código Administrativo, donde es viable destacar dos disposiciones: En la primera, se reitera la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer las controversias en materia de contratos administrativos y, en la segunda, la obligación que se le impone a las entidades públicas de incorporar la cláusula de caducidad en los contratos de obras públicas, prestación de servicios, suministros, operaciones de crédito público y empréstitos. De igual forma, estableció por vez primera, la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato y de imponer multas durante la ejecución del mismo, disposición ésta que fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 31 de agosto de 1943.

Con el Acto Legislativo No. 1 de 1945, se elimina la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer las controversias surgidas de los contratos suscritos por la Administración Pública, deja a la ley la regulación de la dualidad de jurisdicciones existentes, le da facultades al Consejo de Estado para conocer de las acciones iniciadas en contra de los actos administrativos y consagró la suspensión provisional de los actos de la administración por los motivos y requisitos exigidos por la ley.

estrictamente procesal o de simple traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria a la contencioso administrativa). De esta manera el servicio público rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza: desigualdad a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no sólo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también y de manera especial al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.’ SANTOFIMIO GAMBOA, *ídem*, páginas 29 y 30.

Con la reforma al Código Contencioso Administrativo, Ley 4 de 1964, se estableció de manera obligatoria la cláusula de caducidad, y sus causales, en los contratos que suscribía la Administración, lo cual sirvió de base para la consagración de la noción del contrato administrativo en Colombia enmarcada dentro del poder excepcional del Estado en los contratos.

Esta visto pues, que desde sus orígenes en la contratación estatal ha existido incertidumbre⁶⁷ en cuanto al clausulado, régimen de los contratos y la competencia para conocer de los conflictos que se susciten con ocasión de la celebración de un contrato estatal, es así como, en un principio la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se generaban con ocasión de un contrato estatal estaba en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria, luego se le concedieron facultades a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Posteriormente en el año 1941 se le

⁶⁷Esta problemática que no existía en el derecho nacional, donde dominaba un interesante sistema iusprivatista para el contrato del Estado, fue desafortunadamente recogido a partir de la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964, en donde en forma paradójica, a partir de una norma procesal, el legislador resolvió crear la categoría de contratos administrativos y de derecho privado de la administración, metiendo a la jurisprudencia en el más interesante galimatías de nuestra evolución institucional, de manera que toda la elaboración sustancial para su diferenciación se le traslada a la jurisdicción contencioso administrativa. Esto es, el juez administrativo, a través del análisis y estudio del correspondiente contrato, determinaba si era competente para su juzgamiento en la medida en que se encontraran argumentos para sustentar su naturaleza de contrato administrativo; de lo contrario, la competencia le correspondía a la justicia ordinaria.//Para estos propósitos, el Consejo de Estado recogió la doctrina tradicional y desarrolló sus propios criterios: “En las primeras providencias el Consejo adoptó posiciones eclécticas en las cuales admitió dos criterios como diferenciadores de los contratos administrativos: el de las llamadas cláusulas exorbitantes y el del objeto inmediato del servicio público. Finalmente el Consejo ha sostenido que el contrato administrativo es el acto creador de obligaciones en el cual el ente estatal hace prevalecer su poder público, es decir, utiliza ventajas o privilegios que usualmente no se presentan en los contratos privados. Ese poder estatal está indicado por la inserción de las denominadas cláusulas o privilegios exorbitantes. De ahí que se diga que un contrato no es administrativo porque contenga cláusulas exorbitantes, sino que precisamente contiene esas cláusulas por el hecho de ser administrativo...” SANTOFIMIO GAMBOA, *Ibídem*, pagina 32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 5 de diciembre de 1975, C.P.: Carlos Portocarrero Mutis.

otorgan, de nuevo, a la Jurisdicción Ordinaria, y últimamente la retoma la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, quien las mantiene en la actualidad.

Lo anterior, pareciera obedecer principalmente a la amplitud como se definen las normas aplicables al contrato estatal, donde se abre un abanico de normatividad que mezcla las normas de derecho público con las de derecho privado, y no regula de manera total y especial el tema de la contratación estatal.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, de manera expresa se consagra en su artículo 24 el principio de Transparencia, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios imparcialidad, en la selección objetiva del contratista, de contradicción, de publicidad, de moralidad, entre otros.

La exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992 representa el pilar del principio de Transparencia, en razón a que en el artículo 24 señaló que se garantiza en primer lugar la imparcialidad y la escogencia objetiva del contratista, aún en los casos de contratación directa o urgente.

En dicha Exposición de Motivos, de la que llegara a ser la Ley 80 de 1993, se indicó: “También se prevé que los interesados pueden ejercer el derecho de contradicción en los procesos contractuales, y por ello se dispone que las actuaciones de las autoridades sean públicas, permitiendo el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el acto de adjudicación de una licitación puede tener lugar en audiencia pública”⁶⁸

⁶⁸<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

“De otra parte se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección”.⁶⁹

Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública”⁷⁰

El principio de transparencia, ha tenido un desarrollo normativo bastante fluido a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 e inicia de manera expresa con su artículo 24.⁷¹

⁶⁹<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

⁷⁰ SOLANO SIERRA, Javier Enrique. Contratación Administrativa, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá – Colombia, 1994. Pág. 98.

⁷¹ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: 1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000

salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos.

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta.

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Nueve años después de expedida la Ley 80 de 1993, ella se reglamenta a través del Decreto 2170 de 2002⁷² -modificándose el Decreto 855 de 1994- y se dictan otras

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

7. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

9. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

PARAGRAFO 1. Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1o. del presente artículo, no impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

PARAGRAFO 2. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

PARAGRAFO 3. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.

⁷² Art. 1 del Decreto 2170 de 2002. De la transparencia en la actividad contractual

Artículo 1°. Publicidad de proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia. Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.

Los proyectos de pliegos de condiciones o de términos de referencia, en los casos de licitación o concurso público, se publicarán en la página web de la entidad cuando menos con diez (10) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura del proceso de selección

correspondiente. En el evento en que el proceso de selección sea de contratación directa, este término será de cinco (5) días calendario.

Las observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia podrán ser presentadas dentro del término previsto en el inciso anterior.

La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

En aquellos casos en que la entidad estatal no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento para surtir la publicación en su página web, deberá publicar un aviso en el cual indique el lugar de la entidad donde puede ser consultado en forma gratuita el proyecto de pliego de condiciones o de términos de referencia. Dicho aviso deberá publicarse en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o comunicarse por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa de modo que permita a la ciudadanía conocer su contenido.

Parágrafo 1°. Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 con excepción de los procesos cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

Parágrafo 2°. Se exceptúan de la aplicación de este artículo los procesos que tengan carácter reservado de conformidad con la ley.

Artículo 2°. Publicidad de los pliegos de condiciones o términos de referencia. Las entidades publicarán los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos de los procesos de licitación o concurso público. En dichos documentos podrán incluir los temas planteados en las observaciones que consideren relevantes para el proceso de selección.

El texto definitivo de los pliegos de condiciones o términos de referencia será publicado en la página web de la entidad al momento de dar apertura al proceso de selección. En aquellos casos en que la entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento para surtir la publicación por este medio, deberá publicar un aviso en el cual se indique el lugar de la entidad en que pueden ser consultados en forma gratuita. Dicho aviso deberá publicarse en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o comunicarse por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa de modo que permita a la ciudadanía conocer su contenido.

Parágrafo 1°. Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refieren los literales a), g) y h) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los procesos de contratación directa cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

Parágrafo 2°. Se exceptúan de la aplicación de este artículo los procesos que tengan carácter reservado de conformidad con la ley.

Artículo 3°. Audiencias de Adjudicación. La decisión de que la adjudicación de una licitación o concurso tenga lugar en audiencia pública, podrá ser adoptada por el Contralor General de la República en los términos previstos en el artículo 273 de la Constitución Política, o de oficio por la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia. En ella podrán participar los oferentes, las organizaciones de veeduría ciudadana, los medios de comunicación, y cualquier persona que lo desee.

Sin perjuicio de lo anterior las entidades procurarán que la adjudicación de las licitaciones o concursos públicos tenga lugar en audiencia pública.

La audiencia se celebrará en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones o términos de referencia y observando las siguientes reglas:

1. La audiencia podrá cumplirse en dos etapas y desarrollarse en días diferentes.

disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999, buscando afianzar el principio de transparencia dentro del proceso de contratación a través de la publicación de los proyectos y pliegos definitivos de los términos de referencia y pliegos de condiciones en las páginas WEB de las entidades, con el objeto de que los futuros proponentes puedan controvertirlos y presentar objeciones; de igual forma, se regula lo relacionado con la adjudicación en audiencias públicas y se introduce la obligación de consultar los precios del mercado en el SICE, entre otros.

Posteriormente, y con la expedición de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, se obtiene, quizás, dentro de la evolución histórica del Principio de Transparencia en la contratación estatal colombiana, el mayor logro normativo en ese tema.

La Ley 1150 de 2007, que tiene como principal finalidad darle más firmeza al principio de transparencia, y al cual le dedica su Título I DE LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA, reforma el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y en los artículos 2, 8 y 9 desarrolla ampliamente los postulados de dicho principio ⁷³, así:

2. La audiencia se llevará a cabo con el propósito de presentar el proyecto de respuesta a las observaciones presentadas por los oferentes en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como para escuchar a estos en relación con la falta de respuesta a observaciones presentadas dentro del término legal o para señalar cuando alguna de éstas haya sido resuelta en forma incompleta, en intervenciones de duración limitada. Haciendo uso del mismo período de tiempo podrán intervenir las demás personas presentes.

3. En el acto de adjudicación se deberán resolver todas las observaciones formuladas en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. La comunicación a que se refiere el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se podrá surtir a través del empleo de un mensaje de datos en aquellos casos en que la entidad cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento.

⁷³ Ley 1150 de 2007

“Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas (...)”

“Artículo 8º. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.”

“Artículo 9º De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.”⁷⁴

Ante la necesidad que surge de reglamentar la disposición legal (Ley 1150 de 2007), se expide el Decreto 066 de 2008, el cual solo se mantiene vigente por seis meses y, posteriormente, es derogado casi en su totalidad por el Decreto 2474 de 2008, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones “Este decreto reglamentario fue demandado en varias oportunidades, todas en las cuales el Consejo de Estado se pronunció en diferentes posiciones tendientes al fortalecimiento d la aplicación del Principio de Transparencia en los procesos contractuales.”⁷⁵

⁷⁴ Arts. 2, 8 y 9 de la Ley 1150 de 2007

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

Reafirmando lo anterior, el Decreto 2474 de 2008, artículo 2º, establece las modalidades que las entidades estatales observaran para la selección del contratista, como son: Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa; y el artículo 8º, por su parte, incorpora la obligación de las entidades estatales de garantizar la publicidad de los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP.⁷⁶

Pero esta reglamentación también resultó insuficiente para darle aplicación al principio de transparencia en los procesos contractuales, toda vez que dejó a discrecionalidad de las entidades estatales el manejo directo de la contratación en razón a la mínima cuantía; y fue así como luego de pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado se expidió el Decreto 2025 de 2009 y el Decreto 3576 de 2009. Esta última norma prescribió que toda la contratación estatal, con excepción de los casos señalados taxativamente en la ley para contratación directa, se hará a través de invitación pública, con procedimientos abreviados, siempre y cuando no superen el 10% de la menor cuantía de acuerdo con los presupuestos de las entidades⁷⁷.

Posteriormente, ante la necesidad apremiante de organizar los procesos de selección del contratista, a la luz del Principio de Transparencia, y ante las múltiples demandas por vicios de forma y contenido, se expide el Decreto 734 de 2012, que trató de organizar el sistema de contratación, en el sentido que incluyó en un solo cuerpo normativo 30 decretos que de manera dispersa regulaban sobre

⁷⁶Arts. 2 y 8 del Decreto 2474 de 2008

⁷⁷Arts. 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009

la materia. Fue así como compiló toda la normatividad vigente en materia de contratación, como las relativas al RUP, garantías, entre otras, presentado serios inconvenientes con el tema de la nomenclatura, no presentó una lógica en el proceso de la contratación, incorporo la obligatoriedad de la identificación a través del código CIU, el cuales una clasificación por sectores, no para bienes y servicios, trajo inconsistencias con la creación de Colombia Compra Eficiente, la cual fue inclusive creada con anterioridad a la expedición del Decreto, y en general una serie de inconvenientes jurídicos que generaron su posterior derogatoria.

En reemplazo del Decreto 734 de 2012, se expidió el nuevo Decreto Reglamentario 1510 de 2013, sobre la materia, con un lenguaje preciso y claro, enmarcada en la política de gasto público que nace con una particularidad especial, como fue mantener una vigencia suspensiva, por el termino de seis meses después de su sanción, hasta tanto Colombia Compra Eficiente regulara el tema de modelos y directrices de la contratación.

Fue así como el Decreto 1510 de 2013 permitió a las entidades a su elección, y a través de un acto administrativo motivado, continuar aplicando el Decreto 734 de 2012, hasta el 31 de diciembre de 2013, y acogerse a la aplicación del decreto a partir del 1 de enero de 2014, situación que se dio de manera generalizada y casi obligatoria, ante las exiguas herramientas para la organización y articulación de los procesos de compras.

En cuanto al Principio de Transparencia, a partir de la publicidad de la actividad contractual, el Decreto 1510 en un solo artículo recogió la obligación y señaló la oportunidad en la cual la entidad estatal debe publicar los documentos y los actos administrativos del proceso de contratación. Es así como, estipuló que la entidad

estatal está obligada a publicar el aviso de convocatoria o la invitación en el caso de la mínima cuantía, junto con los estudios y documentos previos y el proyecto de pliegos 10 días hábiles antes del acto de apertura en el caso de la licitación y 5 días hábiles en el caso de la selección abreviada y el concurso de méritos.

Por su parte Colombia Compra eficiente, creada a través del Decreto Ley 4170 de 2011, nace como una necesidad identificada por el Gobierno Nacional de crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del sistema y generar mayor transparencia en las compras; así como de tener una entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo, tal como quedó establecido en el artículo 2 del mencionado decreto que reza:

“2°. Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.”.

Y seguidamente en su artículo 3 se le señalan funciones tales como:

Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad

entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.
3. Coordinar con las demás entidades públicas las gestiones necesarias para el cumplimiento del objetivo de la Agencia.
4. Hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública.
5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.
6. Brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública.
7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.
8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.
9. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales.

10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual.
11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública.
12. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la entidad.

1.4. Nacimiento del contrato administrativo en Colombia con aplicación de los Principios de la Contratación estatal

Con el fin de controlar las adquisiciones y cierta anarquía existente para la selección del contratista, a través del Decreto 351 de 1955, se expidió el Estatuto Nacional de Compras, en el cual se introdujo la exigencia de solicitar cotización, y se creó el Comité de Compras, revestido de competencias para hacer las adquisiciones, de acuerdo con la cuantías. En el mismo año, a través del Decreto 1050, se constituyó el primer “Estatuto de Empréstito o de Operaciones de Crédito”

Posteriormente, para el año 1962, a través de la Ley 4, se expidió el primer “Estatuto sobre Obras Públicas” luego modificado por la Ley 36 de 1966, y reglamentado a través del Decreto Reglamentario 518 de 1965, los cuales regularon todo lo relacionado con los contratos de obras públicas de la administración, según su objeto en: estudios de prefactibilidad, factibilidad, elaboración de diseños,

planos, coordinación de obras, asesorías técnicas en obras, construcción; y establecieron un marco legal para los contratos de obras públicas, suministros o compras, crédito público y empréstitos⁷⁸.

No obstante, la reglamentación especial existente en la materia, el inicio del reconocimiento del contrato administrativo y la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos, la competencia para conocer de las controversias originadas en la contratación, continuaba en cabeza de la jurisdicción ordinaria, y los contratos mantenían los principios y elementos del derecho privado.

El nacimiento de la dualidad de las jurisdicciones, se inicia a través del Decreto Legislativo 550 de 1960, que estableció el estatuto de los "Contratos Administrativos", el cual a pesar de que los remitió para su reglamentación al Libro Cuarto del Código Civil colombiano, determinó que las controversias que surgieran con ocasión del contrato, serían competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por estar de por medio el interés público, competencia que luego fue ratificada por el Decreto 528 de 1964, el cual en sus artículos 30 a 32, señaló que la jurisdicción contenciosa administrativa conocería de las controversias que surgieran de los contratos administrativos suscritos por todas las entidades públicas, cualquiera que fuera su denominación, además determinó que conocería de los actos producidos durante la formación de los contratos – precontractuales – o en su ejecución – contractuales - de los contratos de concesión, obras, incluso de interventoría y consultoría, prestación de servicios, y explotación de un bien estatal.

⁷⁸ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. LEGIS, Tercera edición. 2009, Pág. 744.

Al respecto el profesor José María De Solas Rafecas, señala que el principio de la autonomía privada que sanciona el Código Civil , es esencialmente distinto en el Derecho Administrativo, puesto que mientras en el primer caso, se trata de un derecho subjetivo que se reconoce en interés del propio titular; en el segundo evento, es un poder al que le corresponde una función o un officium, lo que conlleva la necesidad de ejercerlo para la consecución de los fines predeterminados por el ordenamiento jurídico.⁷⁹

Todo lo anterior, representó una nueva etapa para los contratos celebrados por la administración pública en Colombia, con ocasión de la necesidad de lograr una diferenciación entre los contratos celebrados por la Administración, y los celebrados por los particulares, con gran influencia francesa que caracterizó al sistema, y que ya había incorporado la noción de servicio público a su jurisprudencia.

Así pues, llega el Contrato Administrativo a Colombia, como resultado de la diferenciación que se hace entre los contratos celebrados por la administración: administrativos y privados, y de las jurisdicciones contencioso y ordinaria, creada por las normas legales, siguiendo los derroteros del derecho contractual francés, en cuanto a la clasificación de los contratos y el derecho aplicable.

⁷⁹DE LAS SOLAS RAFECAS, José María. Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración. Madrid. Edit. Tecnos, 1990, pág. 152.

1.5. Los criterios diferenciadores del contrato administrativo, con base en el desarrollo jurisprudencial, con influencia jurisprudencial francesa.

Por vía jurisprudencial, Colombia, bajo una gran influencia de fallos jurisprudenciales franceses, al finalizar la década de los 70, estableció y desarrolló los criterios de distinción del contrato administrativo, así:

Criterio Subjetivo: El contrato es administrativo, cuando uno de los sujetos del contrato es un órgano o entidad estatal, lo cual determina la jurisdicción aplicable al contrato.

Al respecto el tratadista RICARDO HOYOS DUQUE, señala en su obra El Contrato Estatal y las Cláusulas Excepcionales, que el elemento que permite identificar el contrato estatal, no es el objeto, las cláusulas exorbitantes, la forma, o la jurisdicción competente, criterios que en el pasado impulsaron la polémica en torno a las distinciones entre el contrato administrativo y el de derecho privado, sino la presencia subjetiva de la administración pública como requisito sine qua non de dicho contrato⁸⁰.

Un importante sector de la doctrina encuentra en la posición jurídica que adoptan las partes en los contratos de la Administración Pública, el criterio de distinción entre las dos modalidades de contratación pública, al considerar que lo esencial en los contratos administrativos, que marca su diferencia con los contratos privados, es la supremacía jurídica que ostentan los entes públicos sobre los particulares, o la

⁸⁰HOYOS DUQUE, Ricardo. El Contrato Estatal y las Cláusulas Excepcionales. Varios autores. "Comentarios al Estatuto General de la Contratación Administrativa". Medellín. Librería Jurídica, 1994, pág. 157.

subordinación jurídica del contratista respecto de la administración, lo que se traduce en una profunda desigualdad de las partes.⁸¹

Criterio de Servicio Público: El contrato es administrativo, si su finalidad o su objeto directo están orientados a la prestación o funcionamiento de un servicio público. Dentro de este criterio, es importante resaltar la Sentencia Therón del 4 de marzo de 1910 del Consejo de Estado de Francia, que establece el criterio de finalidad del contrato como el del servicio público, y el fallo de “Les époux Bertin”, que introdujo el criterio de ejecución u operación directa del servicio⁸².

Dentro de esta doctrina clásica de los servicios públicos, expuesta por Gaston Jéze, entiende al contrato administrativo como una típica modalidad de colaboración de los particulares tendiente al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, razón suficiente para pensar que no pueden someterse al derecho privado, sino a un estricto derecho administrativo.⁸³

Sobre este criterio, expone el profesor colombiano CARLOS PAREJA, que los contratos de la Administración, se diferenciaran por sus motivos determinantes: si el motivo determinante de un contrato ha sido el servicio público, ese contrato será administrativo propiamente dicho; si el motivo determinante no es el servicio público; aunque remotamente pueda serlo- ese contrato es un contrato civil.⁸⁴

⁸¹GORDILLO, Agustín. Los Contratos de la Administración. En Contratos Administrativos. Buenos Aires. Edit. Astrea. 1982 T.I. pág. 11.

⁸²ESCOBAR GIL, Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 38

⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo - Contratación Indevida, Universidad Externado de Colombia, Primera edición marzo de 2004, Pág. 30.

⁸⁴ PAREJA, Carlos. Curso Derecho Administrativo Teórico Práctico. 2 ed. Bogotá. Edit. EL Escolar, 1939, págs. 382 y ss.

Criterio Legal de Derecho Público: El contrato es administrativo, si la ley así lo califica, sin tener en cuenta su naturaleza, determina su régimen jurídico y lo somete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Criterio de Cláusulas Exorbitantes: El contrato es administrativo si contiene cláusulas exorbitantes, en particular y de manera especial, la caducidad. Entendiendo por cláusulas exorbitantes aquellas que le dan prerrogativas a la administración para producir en el contrato, modificaciones, declarar su incumplimiento, darlo por terminado, sancionar en forma unilateral y realizar de manera directa cobros y compensaciones que no procedentes en los contratos privados⁸⁵. Esta teoría se remonta a la doctrina *iusexorbitans* que sirvió de fundamento a los derechos del príncipe desde el siglo XI para justificar la especialidad del Derecho Público, como expone Villar Palasi y Villar Ezcura – en los especiales privilegios o sumisiones de las cosas públicas o de los oficios públicos.⁸⁶

Criterio de los Procedimientos de Selección del Contratista: Por el procedimiento que debe efectuarse para seleccionar al particular contratista de la administración. La primera consagración normativa que se dio en este sentido, fue la Ley 110 de 1912, (Código Fiscal Nacional), que reguló el procedimiento de selección por licitación pública, para los contratos de arrendamiento de bienes nacionales, la venta de bienes nacionales en pública subasta, y adquisición de cosas indeterminadas de cierto género.

⁸⁵ Escobar Gil, Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 38

⁸⁶ VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EXCURRA, J.L. Principios de Derecho Administrativo. T III Contratación Administrativa. Madrid, Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 1983. Pág. 24.

1.6 Evolución normativa de los estatutos contractuales en Colombia, con la incorporación de los principios de la contratación estatal.

Estatuto Contractual. Decreto – Ley 150 de 1978.

Durante el gobierno de Alfonso López Michelsen, haciendo uso de las facultades extraordinarias concedidas a través de la Ley 28 de 1974, para regular el tema contractual, teniendo cuenta la cantidad de normas expedidas para regular diferentes tipos de contratos y la necesidad de imponer unos principios generales en la contratación pública del orden nacional, se expidieron los Decretos Leyes 1670 de 1975, que sólo tuvo una vigencia de un día y el Decreto 150 de 1976.

Con la expedición del Decreto 150 de 1976, se dio apertura al período de codificación del derecho contractual, en donde no solamente, se consagraron los principios, tipologías, procedimientos, reglas de selección, efectos y cláusulas de los contratos, sino que también, se regularon los elementos del contrato, clases, cláusulas, formas del contrato estatal, capacidad de los contratantes, responsabilidades y terminación del contrato. Además, se agruparon los poderes exorbitantes (caducidad, cláusula penal, pecuniaria garantías, multas, renuncia a reclamación diplomática, sujeción a la ley nacional, etc.⁸⁷.

⁸⁷ GARCIA DE ERRENTERIA, Eduardo. *Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, Revista de Administración Pública No, 10, enero, 1949, 1953, página 271.

Estatuto Contractual. Ley 19 de 1982 y Decreto – Ley 222 de 1983.

Ante el sin número de imprecisiones, vacíos e indeterminación que la Ley 150, dejó en materia de contratación, se hizo necesaria una nueva legislación que dotara al Estado de instrumentos jurídicos indispensables para el manejo de los contratos, y fue así como se expidió la Ley 19 de 1982, dotada de principios y criterios fundamentales sobre la contratación pública, la cual es objeto de reglamentación por parte del ejecutivo a través del Decreto – Ley 222 de 1983, la cual señalo de manera expresa, cuales contratos tenían carácter de administrativos, considerando los demás de derecho privado, estableció como forma de selección del contratista, la licitación pública, licitación privada, concurso de méritos y contratación directa, dispuso el uso obligatorio para los contratos administrativos, de las cláusulas exorbitantes del derecho común, la cláusula de caducidad, los principios de interpretación, modificación y terminación, la penal pecuniaria y las multas. Además, clasificó los contratos en: Administrativos, Privados de la Administración con cláusula de Caducidad, Privados de la Administración, Régimen Contractual de los Departamentos y Municipios y los de las Entidades las Entidades Descentralizadas del Orden Nacional⁸⁸.

Estatuto de Contratación Estatal. Ley 80 de 1993.

Fueron varias las causas que dieron lugar a la necesidad de expedir un nuevo Estatuto de Contratación Estatal, dentro de las cuales es importante señalar, la complejidad de la actividad del Estado, la falta de principios orientadores de la actividad contractual, los mecanismos de selección del contratista, que ameritaba ante todo un mayor control en la actividad precontractual, los vacíos legales

⁸⁸SOLANO ANGEL, Jairo. Ibídem pág. 93

existentes, la creación de nuevas entidades públicas que no cobijados en el estatuto, entre otros⁸⁹.

Es así como en su artículo 23 de manera expresa estableció la obligación que les asiste a todas las personas que intervienen en la contratación estatal de desarrollar la gestión atendiendo los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa...”⁹⁰

Entre los puntos sobresalientes del Estatuto de Contratación, expedido a través de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales es viable destacar:

- ✓ Introdujo el término de “entidades estatales”.
- ✓ Generalizó la denominación de los contratos, al llamarlos “contratos estatales”.
- ✓ Le dio relevancia al concepto de servicio público.
- ✓ Amplió el régimen de exorbitancia.
- ✓ Consagró los principios de la contratación estatal.
- ✓ Introdujo los principios de equilibrio económico financiero y de la ecuación contractual.
- ✓ Generalizó el procedimiento de selección del contratista por medio de licitación pública o concurso público.
- ✓ Consagró un Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades más amplio y lo extiende al régimen de responsabilidades.
- ✓ Estableció el Sistema Único de Proponentes.

⁸⁹ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 27 y 53y ss.

⁹⁰Art. 23 de la Ley 80 de 1993

- ✓ Consagró el control jurisdiccional de los litigios que surjan con ocasión de los contratos en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- ✓ Introdujo las figuras de las uniones temporales y la promesa de asociación futura.
- ✓ Consagró regímenes especiales.

Después de una década, y con el objeto de terminar un sin número de abusos, irregularidades y focos de corrupción, derivados de los procedimientos en materia de contratación, el Congreso de la República expidió la Ley 1150 de 2007, el cual dentro de sus principales aspectos podemos destacar:

- ✓ Inclusión del nuevo sistema de selección – Selección Abreviada.
- ✓ La aplicación del principio de Publicidad en los procesos precontractuales y contractuales, a través de medios electrónicos – SECOP (pre-pliegos, pliegos y demás actuaciones que se surtan durante la etapa precontractual, contractual y post – contractual), con desarrollo del principio de Transparencia.
- ✓ Consagra dos etapas para el proceso de la selección objetiva: la primera de habilitación y la segunda de ponderación de los factores técnicos y económicos de las propuestas.
- ✓ Reitera la exigencia de garantías.
- ✓ Obligatoriedad de la adjudicación por audiencia pública. .
- ✓ La imposición de multas previamente pactadas, etc.

1.7 . Efectos

Sea lo primero en afirmar en cuanto a los efectos del Principio de Transparencia aplicado a los procesos de selección en la contratación estatal colombiana que él obedece a la estructuración de un pensamiento democrático propio del Estado democrático y social de derecho. Ese pensamiento democrático, propio de nuestras instituciones públicas estatales, es ‘garantía de balance y equilibrio en el accionar público’, [es garantía] de ‘transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación y, sobre todo, de desprecio absoluto para con la arbitrariedad, la reducción y reconducción de la autocracia y el rechazo profundo al abuso del derecho –desvío de poder-.’⁹¹

Sin embargo, ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 definieron con exactitud qué se entiende por transparencia, por lo que debe buscarse en las normas que actuaciones administrativas se consideran transparentes para ubicar sus efectos.

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establecía que la escogencia del contratista se efectuaría *siempre* a través de licitación pública o concurso público, salvo los casos exceptuados en el mismo numeral. Y con este numeral, se entendía que se ‘regulaba el contenido orientador de uno de los principios de la contratación estatal como era el principio de transparencia.’⁹² Posteriormente, con la reforma introducida a la contratación estatal a través de la Ley 1150 de 2007, se retoma la consagración del Principio de

⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Serie Derecho Administrativo 14. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2011. Página 43.

⁹²MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia, 3ª ed. Bogotá, D.C., 2013. Página 321.

Transparencia de una forma similar en el artículo 2º, numeral 1º, estableciendo a la Licitación Pública como el proceso de selección de regla general para la escogencia del contratista, con la excepciones indicadas allí mismo.

‘Por lo tanto, se mantiene el principio general según el cual para garantizar el principio de transparencia se requiere que todo proceso de selección se surta por licitación pública salvo que la entidad estatal tenga motivos que ameriten acudir a otro proceso de selección distinto a la licitación.’⁹³ Por lo que uno de los primeros efectos del Principio de Transparencia es el desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantiza a través del proceso de selección más reglado – licitación pública- la selección del contratista, en observancia a los *principios de libre concurrencia, publicidad e igualdad entre los licitantes*.

Para el caso específico del proceso de Licitación Pública, el principio de igualdad es una garantía que le permite a todas las personas que reúnan los requisitos establecidos por la ley ofrecer bienes, servicios y obras requeridos por la Administración pública para la satisfacción del interés general y el cumplimiento de sus fines.⁹⁴ Con la observancia del derecho a la igualdad se busca que todos los ciudadanos tengan libre acceso a las oportunidades y beneficios ofrecidos por el Estado, haciendo prevalecer el interés general a través de la consigna de que a mayor número de oferentes así mismo será mayor el número de posibilidades de obtener la oferta más conveniente para la Administración.⁹⁵

⁹³MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 321.

⁹⁴ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. 1ª ed., Legis Editores, 1999. Página 154.

⁹⁵MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 321.

Como expresión de los efectos del Principio de Transparencia en la garantía al derecho a la igualdad, es preciso anotar que '[s]i bien la administración está autorizada para definir los requisitos de quienes pueden ofrecer los bienes y servicios, ello no quiere decir que también esté autorizada para limitar el acceso de aquellos que también podrían prestar los bienes y servicios que el Estado requiera (...)'⁹⁶

De igual forma, con la garantía dada a través del derecho a la igualdad, en la materialización del Principio de Transparencia, se eliminan posibles situaciones de otorgar privilegios o ventajas que discriminen a quienes participen en dichos procesos contractuales, estableciendo reglas claras, objetivas y justas; disponiendo dentro de los pliegos de condiciones plazos razonables para conocer el proceso y presentar oferta; la prohibición de modificar los pliegos de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación; el cumplimiento por parte de todas las propuestas de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones; la prohibición a los oferentes de modificar su oferta y que la adjudicación del contrato sea a aquella oferta que resulte más favorable a los intereses y fines de la entidad.⁹⁷

En la relación del Principio de Transparencia con el principio de publicidad, se muestran sus efectos a través de:

1. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones (artículo 8º Ley 1150 de 2007 y artículo 2.2.6. del Decreto 734 de 2012.
2. La publicación de hasta tres avisos en el portal web de la entidad y en el portal web de Contratación, de 10 a 20 días antes de la apertura de la

⁹⁶MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 322.

⁹⁷ MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 324.

licitación (numeral 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 224 del Decreto 019 de 2012)

3. Publicación de los pliegos de condiciones definitivos (artículo 2.2.6. del Decreto 734 de 2012)
4. Realización de la audiencia de discusión de distribución de riesgos y de aclaraciones en la licitación (numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012)
5. Colocación a disposición de los oferentes el informe de evaluación, tanto en la licitación pública como en los procesos de selección abreviada, el concurso de méritos y el proceso de selección de mínima cuantía (numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993; numeral 2, artículo 24 Ley 80 de 1993, numeral 6 artículo 3.2.2.1 Decreto 734 de 2012; numeral 8 artículo 3.3.4.1. Decreto 734 de 2012 y artículo 3.5.4. Decreto 734 de 2012)
6. Realizar la audiencia pública de adjudicación de la licitación de manera obligatoria, cuya resolución motivada se entenderá notificada en dicha audiencia. (artículo 9 y artículo 33, parágrafo, Ley 1150 de 2007 y artículo 3.1.3. Decreto 734 de 2012.)⁹⁸
7. Con fundamento en el artículo 4º del Decreto 2474 de 2008 y numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, cuando la entidad pública defina la pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstas en la ley, debe dejar constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación, en cumplimiento de la potestad estrictamente reglada del parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.⁹⁹

⁹⁸MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 322 y 323.

⁹⁹Circular conjunta N. 014 de 1 de junio de 2011 Procuraduría General de la Nación *et al.*

Finalmente, y en cuanto a los efectos del Principio de Transparencia en los procesos de selección contractual, debe decirse que '[s]iendo que se mantiene en esencia el principio general de la licitación pública para garantizar el principio de transparencia, es necesario reafirmar el significado que para la transparencia de la contratación pública contiene este proceso de selección, de tal manera que acudir a los otros procesos (...) implica *motivar la decisión* y así lo establece el parágrafo 1º del artículo 2º (...).

Lo anterior va a generar que se puede incoar esta decisión administrativa motivada, pues la misma produce *efectos* jurídicos y es no acudir a la licitación pública para acudir a otros procesos de selección, como el proceso abreviado o la contratación directa (acción de nulidad y acción pública de moralidad).

Los principios de contratación deben ser respetados en los otros procesos de selección distintos a la licitación pública, tal como lo expresa el parágrafo 2 del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150: "Parágrafo 2. El procedimiento aplicable para cada una de las causales a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad [...]". Por la remisión que hace la Ley 1150, se debe revisar qué otros presupuestos exige la Ley 80 para garantizar la transparencia dentro de los procesos de selección y como sólo fue derogado el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80, los otros numerales siguen vigentes y ello implica que se tienen que considerar para *efectos* del entendimiento del principio de transparencia en los procesos de selección distintos de la licitación pública.¹⁰⁰ (Cursivas fuera de texto original).

¹⁰⁰ MATA LLANA CAMACHO, *ibídem*, página 324 y 325.

2. CREACIÓN DEL SECOP COMO HERRAMIENTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

La contratación pública, así como todas las áreas del conocimiento, han experimentado una inusitada influencia de las TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) en el desarrollo de sus múltiples actividades; viendo el beneficio que ellas aportan a nuestra vida –cotidiana, incluso- la Administración Pública a través de los procesos y procedimientos que lleva a cabo no ha sido ajena – y no podría serlo – al adelanto informático en el que ellas nos colocan como sociedad.

La utilidad de las TIC en la contratación estatal, con un fuerte impacto en la consolidación de los canales de interacción entre la Administración Pública, sus usuarios (ciudadanos) y la comunidad en general, se evidencia en que con ellas se permite un fácil acceso a la información en cualquier formato y de manera fácil y rápida; esto, definitivamente, permite y facilita la realización del Principio de Transparencia¹⁰¹ en la contratación pública.

La influencia de las TIC en nuestra vida en general –y particularmente en los procesos y procedimientos que lleva a cabo en forma permanente la Administración Pública- ha conformado lo que se llama la *sociedad de la información y del conocimiento*, término que define ‘directrices sustanciales de carácter

¹⁰¹ “Se considera como supuesto que la transparencia por sí misma no se traduce en un Gobierno Abierto, como también es el caso de la participación ciudadana. La apertura de un gobierno se caracteriza por el grado en el que los ciudadanos pueden monitorear e influir en los procesos gubernamentales a través del acceso a la información pública y el acceso a los espacios de toma de decisiones” MARIÑEZ NAVARRO, Freddy, y VALENZUELA MENDOZA, Rafael E. *Gobierno abierto: ¿más innovaciones? ¿más gobierno? ¿más sociedad? ¿en qué consiste? Propuestas para los gobiernos locales*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2013. ProQuestebrary. Página 6.

imperativo, en la perspectiva de la consolidación de una sociedad estrechamente integrada a través del acceso y uso de todos los instrumentos propios de las tecnologías de la información y las comunicaciones, sus infraestructuras, la explotación y el desarrollo material de las mismas, el respeto y protección de los usuarios, y el aprovechamiento social de la interrelación global'¹⁰²

El doctor MANUEL CASTELLS señala, '(...) al final del siglo XX vivimos uno de esos raros intervalos de la historia. Un intervalo caracterizado por la transformación de nuestra "cultura material" por obra de un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a las tecnologías de la información, esto es por el uso del conocimiento científico para especificar el modo de hacer cosas de una manera reproducible. Se comprenden dentro de las tecnologías de la información, el conjunto convergente de las tecnologías de la microelectrónica, la informática (máquinas y software), las telecomunicaciones, la televisión, la radio, la optoelectrónica, y la ingeniería genética con su conjunto de desarrollos y aplicaciones.'¹⁰³

Como lo afirmara el doctor CASTELLS, ahora "El poder de la comunicación está en el centro de la estructura y la dinámica de la sociedad"¹⁰⁴ y es por ello que el ejercicio del poder guarda otras proporciones y se sustenta y depende del manejo y control sobre las comunicaciones, tanto por el Estado como por los particulares, de suerte que el afianzamiento de las instituciones democráticas y la consolidación del Estado de derecho dependen ahora del uso adecuado que se le de a ese poder de la

¹⁰²CASTELLS, Manuel. *La sociedad red*. Alianza Editorial, Madrid, 1.996. Página 23.

¹⁰³Manuel Castell, óp. cit, página 55 y 56.

¹⁰⁴CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Alianza Editorial, Madrid, 2009. Página 23.

comunicación, en apego al ordenamiento constitucional, a sus principios y valores¹⁰⁵

Respecto de lo anterior, es pertinente indicar, citando de base las afirmaciones del doctor RESTREPO MEDINA, que el SECOP como herramienta jurídica para el afianzamiento del Principio de Transparencia en la contratación estatal obedece a una determinada concepción del Derecho administrativo fundado en una caracterización de nuestro actual Estado, es así como se indica que ‘No hay que olvidar que el derecho administrativo desde su nacimiento se ha caracterizado por adaptarse al modelo de Estado vigente en cada época; de modo que, aunque su existencia solamente puede darse dentro del Estado de Derecho, sus contenidos han ido variando según el papel atribuido a la organización política de la sociedad en las distintas fases de su evolución dentro de ese Estado de Derecho, del Estado Gendarme al Estado Intervencionista, y de éste al Estado Regulador.’¹⁰⁶

El Estado Regulador, dentro del que actualmente se dan los avances tecnológicos para la contratación pública electrónica, garantiza ‘la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopolísticas de abuso de posición dominante *en defensa de los derechos de los usuarios.*’¹⁰⁷ (Cursivas fuera de texto original)

¹⁰⁵SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Página 155

¹⁰⁶ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, ed. Retos y perspectivas del derecho administrativo. Segunda Parte. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009. ProQuest ebrary. Web. 30 May 2015. Página 10

¹⁰⁷ RESTREPO MEDINA, óp.cit, página 11.

Y aunque ha habido una desestatización de las funciones del Estado con traslado hacia el mercado, dicho repliegue de las actividades estatales, que se evidencia en la reducción de su tamaño y del gasto público, no deja de mostrar –también– la garantía de los derechos y el equilibrio de relaciones entre la Administración pública y los particulares respaldados por el Derecho Administrativo, dicha realidad no es para nada ajena de la contratación estatal y la utilización que en éstos procedimientos se hace del instrumento del SECOP. De esta forma es observado por el doctor RESTREPO MEDINA, cuando expresa: ‘Así, se produce un proceso progresivo de desestatización de funciones a favor del mercado, que se manifiesta en forma correlativa en un repliegue de la actividad estatal, principalmente empresarial, que llevan a la reducción del tamaño del Estado y del gasto público, mediante procesos concurrentes de liberalización, privatización, contractualización y fomento. Como consecuencia de esas transformaciones del Estado, el modelo regulador, cuyos contenidos los define precisamente el derecho administrativo, *tiene que resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propio de la prestación de los servicios ya no a cargo del Estado sino de los particulares, y los intereses de la ciudadanía, que responden a su papel activo como protagonista de su desarrollo en el Estado Social de Derecho.* En ese entorno, un componente importante de los contenidos del derecho administrativo ya no lo define el Estado Nación, sino que se ha trasladado a instancias supra e infraestatales, en razón de la internacionalización y la regionalización como formas de respuesta a la globalización, y en muchas ocasiones su creación ni siquiera corresponde a órganos con legitimación democrática. La Administración ha venido *perdiendo su posición de privilegio y prerrogativa, en función de la adopción como régimen propio del derecho privado, el cual se basa en la posición de equilibrio entre las partes en las relaciones jurídicas, cuya regulación cada vez más se basa en un derecho de composición y menos en uno de imposición.* (...) Sin embargo, a pesar de que los

cambios generados por la globalización han roto el paradigma clásico del derecho administrativo, la misma ha producido en el campo jurídico una aproximación de los derechos nacionales, que se ha hecho evidente con la *constitucionalización de principios* generales que tienen que ver con la democratización de la Administración y la garantía de los derechos de los administrados frente a la misma. Por ello, aunque el balance de las transformaciones recientes del derecho administrativo para adaptarse a los cambios contemporáneos del Estado Social de Derecho podría presentarse como sombrío, pues en muchos casos evidencian un retroceso de las conquistas del Estado Social y Democrático, o al menos las ponen en riesgo, vistas con una mayor perspectiva pueden verse como propias del proceso de cambio de modelo.¹⁰⁸ (Cursivas fuera de texto original)

Definitivamente, y desde la perspectiva del Derecho administrativo aplicado a la contratación estatal ha habido un cambio de paradigma y del modelo estatal en lo que a la utilización del SECOP se refiere, pues, por ejemplo, a nivel del procedimiento administrativo, dicho cambio de mentalidad está en consonancia con lo que el doctor EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN describe en su obra *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, lo cual resulta útil para esta argumentación.

SCHMIDT-ASSMANN señala que el Derecho Administrativo, en su parte de la Teoría general, es ‘una disciplina académica capaz de poner en relación o dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como las categorías y formas jurídicas, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. (...) Es una *idea ordenadora*, (...) y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más

¹⁰⁸ RESTREPO MEDINA, *ibídem*, páginas 11 y 12.

amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema.’¹⁰⁹ Esa idea ordenadora ‘consiste en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presentan cada uno de los sectores del Derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del Derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca. Desde el punto de vista metodológico, tal idea ordenadora tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o postulado sistemático.’¹¹⁰

Las formas jurídicas a que se refiere el doctor SCHMIDT-ASSMANN serían la ley, el acto administrativo, el contrato, etc.

SCHMIDT-ASSMANN señala que sistema y pensamiento sistemático¹¹¹ son expresiones muy conocidas en la Ciencia del Derecho y sus raíces las encontramos en las nociones de orden y unidad.¹¹²

¹⁰⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2003. Barcelona. Página 1.

¹¹⁰ SCHMIDT-ASSMANN, óp.cit., página 2.

¹¹¹ Sobre esto concepto, debe entenderse que: ‘El pensamiento sistémico es la actitud del ser humano, que se basa en la percepción del mundo real en términos de totalidades para su análisis, comprensión y accionar, a diferencia del planteamiento del método científico, que sólo percibe partes de éste y de manera inconexa. El pensamiento sistémico aparece formalmente hace unos 45 años atrás, a partir de los cuestionamientos que desde el campo de la Biología hizo Ludwing Von Bertalanffy, quien cuestionó la aplicación del método científico en los problemas de la Biología, debido a que éste se basaba en una visión mecanicista y causal, que lo hacía débil como esquema para la explicación de los grandes problemas que se dan en los sistemas vivos. Este cuestionamiento lo llevó a plantear un reformulamiento global en el paradigma intelectual para entender mejor el mundo que nos rodea, surgiendo formalmente el paradigma de sistemas. El pensamiento sistémico es integrador, tanto en el análisis de las situaciones como en las conclusiones que nacen a partir de allí, proponiendo soluciones en las cuales se tienen que considerar diversos elementos y relaciones que conforman la estructura de lo que se define como "sistema", así como

Pero, con base en lo anterior, cuando tratamos de entender la operatividad del SECOP en los actuales procedimientos de contratación estatal, y su caracterización legal como instrumento, debemos entenderla como que éste –dentro de una dinámica de pensamiento sistémico¹¹³- así como la Ciencia del Derecho, no está

también de todo aquello que conforma el entorno del sistema definido. La base filosófica que sustenta esta posición es el Holismo (del griego holos = entero). Bajo la perspectiva del enfoque de sistemas la realidad que concibe el observador que aplica esta disciplina se establece por una relación muy estrecha entre él y el objeto observado, de manera que su "realidad" es producto de un proceso de co-construcción entre él y el objeto observado, en un espacio –tiempo determinados, constituyéndose dicha realidad en algo que ya no es externo al observador y común para todos, como lo plantea el enfoque tradicional, sino que esa realidad se convierte en algo personal y particular, distinguiéndose claramente entre lo que es el mundo real y la realidad que cada observador concibe para sí. Las filosofías que enriquecen el pensamiento sistémico contemporáneo son la fenomenología de Husserl y la hermenéutica de Gadamer, que a su vez se nutre del existencialismo de Heidegger, del historicismo de Dilthey y de la misma fenomenología de Husserl. La consecuencia de esta perspectiva sistémica, fenomenológica y hermenéutica es que hace posible ver a la organización ya no como que tiene un fin predeterminado (por alguien), como lo plantea el esquema tradicional, sino que dicha organización puede tener diversos fines en función de la forma cómo los involucrados en su destino la vean, surgiendo así la variedad interpretativa. Estas visiones estarán condicionadas por los intereses y valores que posean dichos involucrados, existiendo solamente un interés común centrado en la necesidad de la supervivencia de la misma. Así, el Enfoque Sistémico contemporáneo aplicado al estudio de las organizaciones plantea una visión inter, multi y transdisciplinaria que le ayudará a analizar a su empresa de manera integral permitiéndole identificar y comprender con mayor claridad y profundidad los problemas organizacionales, sus múltiples causas y consecuencias. Así mismo, viendo a la organización como un ente integrado, conformada por partes que se interrelacionan entre sí a través de una estructura que se desenvuelve en un entorno determinado, se estará en capacidad de poder detectar con la amplitud requerida tanto la problemática, como los procesos de cambio que de manera integral, es decir a nivel humano, de recursos y procesos, serían necesarios de implantar en la misma, para tener un crecimiento y desarrollo sostenibles y en términos viables en el tiempo.’ Tomado de <http://www.iasvirtual.net/queessis.htm>

¹¹² SCHMIDT-ASSMANN, Op. cit. Página 2.

¹¹³ En palabras del propio Schmidt – Assmann, y la idea de la aplicación del pensamiento sistémico a la Ciencia del Derecho (administrativo), ‘(...) la perspectiva o visión sistemática ofrece una acertada visión de conjunto; aporta las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno. La tesis central de esta obra se puede condensar en las siguientes palabras: sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer.’ Ibidem, página 2.

atado a una escala rígida de valores, ni tampoco es algo estático.¹¹⁴ Al igual como lo hace la ciencia del Derecho, la contratación estatal instrumentalizada a través del SECOP –y los procedimientos que en cumplimiento del debido proceso se lleven a cabo a través del él- deben depender del progreso del conocimiento y la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta.¹¹⁵ Porque, desde ‘la perspectiva o visión sistemática [se] ofrece una acertada visión de conjunto; [se] aporta[n] las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno.’¹¹⁶

Construyendo sistemáticamente el Derecho Administrativo, y con él la contratación electrónica a través del SECOP, ‘se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. [Es así como], la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor *transparencia* en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer.’¹¹⁷ (Cursivas fuera de texto original)

El Derecho administrativo –y las figuras jurídicas que dentro de su ámbito de acción tienen operatividad- en clave del pensamiento sistémico, mas no del científico, da respuesta a los enormes retos que el panorama actual presenta, afronta oportunidades y peligros que van conectados con el *progreso técnico y científico*, resuelve los problemas que están en el núcleo del recorte de recursos financieros y, sobre todo, induce ‘las nuevas formas [SECOP] de interacción y

¹¹⁴ Ibídem, página 2.

¹¹⁵ Ibídem, página 2.

¹¹⁶ Ibídem, página 2.

¹¹⁷ Ibídem, página 2.

reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad que derivan de la privatización.’¹¹⁸ (Cursivas fuera de texto original)

La Administración pública en un Estado de Derecho se halla sujeta a tres principios constitucionales del mayor peso jurídico, cuales son, la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la ley y al Derecho y la vinculación a la garantía de la tutela judicial.¹¹⁹ Sin embargo, esto no es una “fórmula unívoca” que aplique solamente al poder ejecutivo, sino que alcanza a todas las organizaciones jurídico-públicas y a amplios sectores de la acción y organización privada de la Administración, ‘con las que hacen frontera, en constante movimiento, tanto actividades públicas como privadas, y en donde se separan al tiempo que entrecruzan las esferas social y estatal.’¹²⁰

En la discursiva del pensamiento sistémico, debe señalarse que la ‘Constitución impregna de forma particularmente intensa [todo] el Derecho Administrativo’,¹²¹ ‘[a]sí, Ludwig VON RÖNNE diría a este propósito que el «Gobierno no sólo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales, tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración»’¹²²

¹¹⁸ Ibídem, página 3.

¹¹⁹ Ibídem, página 4.

¹²⁰ Ibídem, página 4.

¹²¹ Ibídem, página 15.

¹²² Ibídem, página 15.

Además, y en esa necesaria relación que hay entre Derecho constitucional y Derecho administrativo como sistema, debe señalarse que aquel fortalece e impregna a éste. La importancia del Derecho constitucional frente al Derecho administrativo consiste en que él opera no sólo como marco de verificación de la constante revisión de los dogmas y estructuras tradicionales, sino también como receptor de nuevas tendencias. Con base en esto, '[l]os interrogantes por resolver saltan a la vista: ¿Resulta actualmente el Derecho administrativo lo suficientemente flexible como para hacer frente a las nuevas situaciones y escenarios de riesgo que la sociedad presenta? ¿Son apropiadas las categorías jurídicas de que dispone para ahormar y disciplinar razonablemente las cambiantes técnicas de dirección y de producción del Estado moderno de acuerdo con los dictados y las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho? ¿Cómo se pueden compensar y equilibrar las distintas exigencias o requerimientos —constitucionales (...)— de legitimidad democrática de la Administración pública?'¹²³ Resulta claro que, en los cuestionamientos del doctor SCHMIDT – ASSMANN, cabría considerar instrumentos como el SECOP, su operatividad y potencialidad, en el Derecho administrativo actual.

Pero, ¿cuál sería aquel concepto o principio superior –del más alto rango– en el que podríamos sustentar la necesidad del avance de la técnica en los procesos de interacción del Estado con el ciudadano a través de instrumentos como el SECOP para darle cumplimiento al ineludible Principio de legalidad de la contratación pública, así como a los demás mandatos de optimización del artículo 209 constitucional?

¹²³ *Ibíd.*, página 17.

En mi opinión, podríamos partir por decir que en esa relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo se sientan los postulados básicos de las relaciones entre el ciudadano y la Administración (entendida ésta en su sentido más amplio). Esa posición subjetiva de la persona, la dignidad humana, es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre todo el ordenamiento jurídico. La dignidad humana es realmente una garantía, quizás la más alta y la más importante, del Estado de Derecho, el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, su fuente principal y, además, aquella que disciplina las relaciones del Estado con el hombre.¹²⁴

Las aportaciones de SCHMIDT – ASSMANN están referidas en forma directa a la Constitución alemana, pero lo cierto es que ellas resultan pertinentes a lo aquí planteado, ya que considerando en franco pensamiento las cosas ‘la posición fundamental que ocupa el individuo frente a la comunidad estatal se caracteriza por ser una *relación jurídica*’.¹²⁵ Esa relación jurídica vincula sujetos jurídicos distintos que han tenido relaciones sociales preexistentes. En el Derecho administrativo, esa relación jurídica también se encuentra presente, pero con una característica especial y es la *prelación* entre los sujetos jurídicos que integran esa relación.¹²⁶

¹²⁴ SCHMIDT – ASSMANN, citando a STERN, señala que ‘«La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad». La dignidad humana (art. 1 GG) determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal’. Ibídem, página 18.

¹²⁵ Ibídem, página 19.

¹²⁶ Ibídem, página 19.

Como lo señala SCHMIDT – ASSMANN, ‘En los orígenes del Derecho administrativo, esa prelación entre sujetos respondía a la idea de la *subordinación* del individuo, propia de un Estado y de una Administración cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible.’¹²⁷ Pero, la dignidad humana haría que la primacía del Estado administrador –que es una constante- haría esa relación jurídico – administrativa incompatible con la Carta de derechos de Alemania, ya que la forma como se relaciona el hombre con el Estado no es en condición de súbdito sino de ciudadano, no obstante el sometimiento de éste último al poder público.¹²⁸

En la efectivización de esa relación jurídica entre Estado y ciudadano –mas no de súbdito- debe entenderse que su relacionamiento no se da en condiciones de igualdad entre las partes, por lo menos no en la mayoría de los casos, aunque en algunos sectores actúen en fórmulas cooperativas y de consenso.¹²⁹

¹²⁷ Ibídem, página 19.

¹²⁸ ‘«De la naturaleza del ser humano se infiere, tanto desde un punto de vista histórico como lógico, que sólo existe el deber, y no el derecho, frente al Estado», diría Georg JELLINEK. Y en términos similares se expresaría Otto MAYER: «De este modo, el Derecho administrativo está determinado por los sujetos jurídicos cuyas relaciones ha de regular. Por una parte, el Estado, que es el que ejerce la actividad administrativa, esto es, el que administra. Y frente al Estado administrador se halla la masa de los hombres que a él están sometidos y la multitud de las corporaciones humanas y de las personas jurídicas. Todos ellos constituyen el otro sujeto de Derecho, individual o colectivamente, en función de cuál sea la forma en que aquéllos se ven afectados por la actuación estatal»’ Ibídem, página 19.

¹²⁹ ‘¿Significa ello que en la actualidad ha de partirse de la premisa de que el ciudadano y la Administración se hallan en una posición de igualdad, en lugar de estar presididas sus relaciones por la idea de subordinación? Desde luego, la realidad administrativa nos muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la Administración se relacionan sobre la base de la igualdad y actúan a través de fórmulas cooperativas y de consenso (*vid.* 1/45-47). No obstante ello, la tesis o concepción de la posición igualitaria resulta estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano. Los arts. 1 y 20 GG reconocen la primacía del individuo; pero no la posición de igualdad *con* el Estado. Una cosa es, pues, que el individuo tenga la primacía y que sea considerado como una persona con un valor e identidad propias e irrepetibles y otra, muy distinta, que la persona se halle en pie de igualdad con el Estado. Es cierto que el

Lo anterior es claramente identificable en los procesos de contratación estatal, pues la Administración pública, en ejercicio de sus poderes atiende obligaciones y necesidades de la comunidad¹³⁰, y en esa medida la relación jurídica no podría llevarse a cabo a través de una simplista concepción igualitaria; pero cuando esa misma Administración pública pretende llevar a cabo procesos contractuales en los que participarían abiertamente todos los interesados a efectos de concretar a futuro una relación de carácter contractual, la lógica de esta relación implicaría, de base, el entablamiento de un '*sinalagmatismo*' igualitario al mejor estilo del derecho privado, en el que los intercambios de información, verbi gracia el SECOP, se den en un escenario de absoluta transparencia, igualdad, moralidad, buena fe y

ciudadano se halla orientado y vinculado a la comunidad y que de esa relación con la comunidad surgirán necesidades —entre ellas, la necesidad de dictar normas— a las que el Estado habrá de subvenir. Pero no lo es menos, sin embargo, que la reacción o respuesta del Estado habrá de legitimarse justamente en esas necesidades y en ellas habrá de encontrar la medida.' *Ibidem*, página 20.

¹³⁰ 'La tesis de que el Estado y el individuo se hallan en pie de igualdad tampoco resulta adecuada, pues una tal concepción no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del Derecho administrativo, habida cuenta de que no da respuesta a las necesidades de actuación que pueda demandar la comunidad estatalmente constituida. Es más, el Estado democrático de Derecho, en su composición jurídica, es *Estado*, y sus órganos se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse. No cabe, en ese sentido, exclusivamente el pacto o la cooperación. No ha de olvidarse, en efecto, que el Estado está obligado a garantizar el Derecho y los derechos de sus miembros. Y ello no se alcanza generalmente mediante la igualdad y a través del consenso. Por otro lado, esa misión indeclinable de garantía no está sólo encomendada al legislador y al poder judicial, sino también, y en una alta medida, al ejecutivo. Ha de notarse, a tal propósito, que la Administración pública en buena parte se mide por su acción; por lo que logra producir y prestar. Y para ello habrá de servirse también de la coercibilidad y de las decisiones unilaterales, elementos éstos que no pueden explicarse a la luz de la igualdad. El poder normativo y el monopolio de la tutela en manos del Estado son irrenunciables, de acuerdo con el orden constitucional. Sin ellos no se podrían reparar las infracciones, las quiebras del Derecho; como tampoco cabría dar respuesta a los nuevos y grandes retos que plantean los grupos de poder, la técnica o las cuestiones internacionales. Ahora bien, en el cumplimiento de esas funciones, el Estado habrá de atenerse a las competencias constitucionalmente atribuidas y al procedimiento establecido.' *Ibidem*, página 20.

cumplimiento íntegro de la legalidad de los actos que expide;¹³¹ de lo contrario, se perderían garantías, como la del principio constitucional del debido proceso, tan propia de los procesos y procedimientos administrativos del artículo 23 constitucional y de la contratación pública en particular.

El Principio de dignidad exige, que entre la Administración pública y las personas que se relacionan con ella en un proceso de contratación estatal con miras a celebrar un contrato futuro, la condición de igualdad entre Estado y ciudadano esté presente, ya que sólo podríamos reconocer como iguales de quien predicamos su condición de dignidad.

Ahora bien, teniendo en mente el cambio de modelo al Estado regulador, el Derecho Administrativo como sistema, la relación jurídica igualitaria existente entre el Estado y ciudadanos y la dignidad como fundamento de tal relación, es preciso decir que haber llegado al SECOP como instrumento para la materialización del Principio de Transparencia en la contratación estatal se ha debido a la concreción de normas específicas sobre la materia.

¹³¹ 'La concepción de la igualdad entre el Estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido. De acuerdo con la Constitución, las relaciones Estado- ciudadano, esto es, entre libertad ciudadana y competencia estatal, resultan *asimétricas*? El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El Estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida. Es ésta una nota distintiva que tiene carácter constitutivo a los efectos de sistematizar el Derecho administrativo. Dogmas tan relevantes como la necesidad de legitimación de la acción administrativa, o los que se refieren a la observancia de los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros, encuentran aquí su epicentro. Esta distinción, por lo demás, tiene su continuidad en el concepto de responsabilidad o *competencia administrativa*, que no es sino una expresión de la posición fiduciaria que ocupa la Administración pública.' *Ibidem*, página 21.

La norma hito en materia de las TIC es la Ley 1341 de 2009, la cual en su artículo 3¹³² se refiere a la sociedad de la información y del conocimiento, declarando enfáticamente que los pilares de ella son el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios y la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal. El ordenamiento jurídico colombiano, al incorporar a la sociedad colombiana dentro de los cometidos y finalidades de las tecnologías de la información y el conocimiento, la ha vuelto una comunidad necesariamente integrada e inevitablemente interactuante.¹³³

La importancia de esta transformación de nuestro modo de acceder a ese nuevo universo de la información, y en específicamente en lo que a contratación estatal se refiere, muestra su evidencia 'cuando el actor central de la nueva sociedad en red lo es la misma administración que las utiliza y acude a ellas para el cumplimiento de las finalidades y propósitos de todo orden, y adicionalmente cuando, por esta razón, se encuentra de por medio el usuario, la persona final que aspira a

¹³²Como lo afirma el doctor SANTOFIMIO GAMBOA en su libro *Procedimientos administrativos y tecnología*, los elementos finalísticos de la sociedad colombiana como aquella vinculada a los conceptos materiales de la tecnología, la información y el conocimiento "(...) buscan la sustentación de una idea central y básica de comportamiento social a partir del respeto y estímulo social, en primer lugar, el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin el cual, y principalmente, sin su garantía institucional, la gran brecha social de desigualdad no se podría romper en el territorio nacional, y se acentuarían las diferencias sociales, culturales, económicas y políticas; en segundo lugar, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, evitando los monopolios en las mismas y profundizando en su carácter de interés general; en tercer lugar, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, que configuran ante todo el espíritu investigador y científico de la sociedad; en cuarto lugar, la protección a los usuarios, que al fin y al cabo son los destinatarios finales de toda esta elaboración teórica que nos involucra y que esperan los enormes beneficios de las tecnologías y de la información en la consolidación del conocimiento, y, por último, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal. Todos estos elementos, como la misma ley lo destaca, pasan a convertirse, en realidad, en las grandes bases de la nueva sociedad en red, globalizada, intercomunicada e interactuante." *Ibíd*em, página 156.

¹³³Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibíd*em, página 155 y 156.

interrelacionarse con el aparato administrativo. (...) El ejercicio de funciones públicas administrativas conduce en su esencia a los elementos materiales de la revolución tecnológica y a su objeto –la información, lo que se concreta de manera inevitable en la consolidación recíproca entre sociedad y administración, en la prestación de servicios públicos, en el acceso a la información, en el adelantamiento garantístico y con sujeción al debido proceso de actuaciones y procedimientos administrativos de toda índole, en el gobierno y en las administraciones participativas, eficientes y eficaces, al igual que en la efectividad del aparato burocrático y de las gestiones públicas, y en la disminución de costos y tiempos’¹³⁴

Lo anterior permite acuñar un término que involucra la actividad de la Administración y sus agentes a través de la incorporación de los medios electrónicos en sus actividades –procesos y procedimientos- para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades públicas, denominado *ordenanza pública electrónica*.¹³⁵

La ordenanza pública electrónica se justifica en el SECOP, en la medida en que, en un contexto de cumplimiento de fines y propósitos de una Administración pública en red, se debe entender que ‘a ella la anima una idea central y principal, cual es la defensa de las personas y de las colectividades que deban relacionarse con la administración pública, de manera tal que los medios tecnológicos a que se acuda por la administración para el cumplimiento de sus labores y cometidos sean ante todo eficaces en el acercamiento con las personas y las colectividades, y que faciliten material y sustancialmente la interacción, es decir, sean instrumentos en

¹³⁴Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 157.

¹³⁵Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 158.

dos vías, tanto la de la administración con el usuario, como también la de la persona o colectividad con aquella, y que se conviertan en mecanismos amables y no agresores de los derechos e intereses individuales o colectivos. En este sentido, es reprochable cualquier instrumento de las TIC que resulte agresivo y vulnerador de los derechos constitucionales en cualquiera de sus aspectos. No serían admisibles, y la ordenanza electrónica perdería cualquier sentido u horizonte, si los instrumentos electrónicos tan solo sirven para satisfacer unilateralmente a la administración.’¹³⁶

Lo anterior nos permite entender que si el SECOP se convirtiera en un instrumento agresivo y vulnerador de derechos constitucionales que sólo diera satisfacción a los intereses de la Administración, su existencia tendría una connotación meramente formal, de simple apariencia, portador de un discurso burocrático hueco, reproductor de hábitos perversos, ineficiente y, definitivamente, poco transparente; por lo tanto, deslegitimador del Estado y su Administración pública.¹³⁷

La correspondencia de la sociedad de la tecnología y de la información con esos derechos individuales y colectivos de quienes interactúan con la Administración pública es más que una exigencia estricta de los mandatos del artículo 2º constitucional, que establece un comportamiento requerido de forma permanente a quien funciona en nombre del Estado y con la disposición de sus recursos; '[C]ualquier tecnología para estar acorde con las finalidades del ordenamiento,

¹³⁶Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 158. Es importante anotar que estas ideas que presenta el autor surgen de la discusión que sobre el tema mantuvo con el profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO, en las Jornadas de Derecho Administrativo, dadas en la sede de Bogotá de la Universidad Externado de Colombia en el mes de julio de 2011.

¹³⁷Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 159.

debe ser eficaz y eficiente en relación con los derechos individuales y colectivos, de lo contrario podría catalogarse de inconstitucional e ilegal su utilización, teniendo en cuenta que, frente a nuestra Constitución Política, las autoridades administrativas son simples servidoras de los individuos y la colectividad, y no al contrario, debiendo por lo tanto satisfacer las necesidades de éstos y no los personales o pseudo institucionales de aquellas.’¹³⁸

Un Estado e instituciones modernas, así como una sociedad actuante y participativa, no podrían entenderse si dichos actores públicos, en cumplimiento de la Ley 1341 de 2009, para el logro de sus propósitos y fines, no acuden a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Esto hoy en día no es sólo una previsión normativa sino un verdadero imperativo legal en el que se establece ‘la obligatoriedad de sujeción de las entidades administrativas a los destinos de la tecnologías (sic) de la información y las comunicaciones, demarcándose de esta manera una clara e inobjetable política de Estado en la materia, derivada precisamente del entendimiento de que todo lo relativo a las tecnologías de la comunicación y del conocimiento constituye asuntos y materias de interés público y general.’¹³⁹

El esfuerzo legislativo es indudable en cuanto a la ‘incorporación de la administración y la sociedad por estos nuevos y futuristas senderos, desarrollando un marco normativo y de principios que demarca un moderno ordenamiento jurídico para el uso de los instrumentos electrónicos a favor de la sociedad y de la

¹³⁸Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 159. En este mismo sentido, se apoya la idea por KARL-PETER SOMMERMAN en su artículo ‘La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho’, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, páginas 11 y ss.

¹³⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 161.

democracia (...)'¹⁴⁰Prueba de ello son, la Ley 1450 de 2011, Plan de Desarrollo 2010-2014, en el que se incorporaron normas de accesibilidad a los servicios TIC, neutralidad en el servicio de Internet y el Internet social (acercamiento de la población a este servicio de la tecnología); la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales, entidades de certificación y demás disposiciones, y la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que se afirma el vínculo de la Administración y de los poderes públicos y la colectividad a los presupuestos básicos de la sociedad de la información, estableciéndose normas en relación con los procedimientos administrativos electrónicos.¹⁴¹

Esta nueva Ley 1437 de 2011, aplicable a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas, es decir, en general a todos aquellos denominados *autoridades*, en los procedimientos y procesos que se adelanten en virtud de sus actuaciones, tiene una característica que para el caso específico del SECOP, y la aplicación del Principio de Transparencia en la contratación estatal, debe resaltarse de manera preponderante, ella ha previsto un '*nuevo universo de lo administrativo*'.¹⁴²El sentido de la reforma se justificó por los 'cambios experimentados por las relaciones sociales y los esquemas de la gestión pública, insertados en los modernos modelos de globalización, al igual que los desarrollos

¹⁴⁰Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 162.

¹⁴¹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 162.

¹⁴²ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de 2011. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá, 2011. Página xxvii.

de la tecnología informática, los cuales necesariamente afectan la concepción misma del Estado social de derecho y por consiguiente los principios, instituciones y funciones administrativas y jurisdiccionales, que necesariamente debían fortalecerse y adaptarse a las nuevas situaciones, para lo cual era indispensable rediseñar el marco normativo correspondiente.’¹⁴³

Pero, realmente, el cambio de la Ley 1437 de 2011 puede ubicarse en una génesis aún anterior, pues con la Constitución de 1991 se creó un cuerpo de normas que ubica al individuo, y a la defensa de sus derechos fundamentales, en todo el centro de las funciones públicas, las cuales ahora se identifican a partir de una serie de principios y finalidades, como son los previstos en el artículo 209 constitucional, uno de los cuales es la publicidad que tiene una relación directa e incuestionable con la transparencia.¹⁴⁴ Por ende, estamos ante un nuevo modelo de código, en el cual el Estado ‘debe garantizar el respeto de los derechos de las personas y en general la realización de principios y finalidades propios del Estado social de derecho, lo que en términos de administración pública supone la aplicación de modernas técnicas y métodos de gestión (...)’¹⁴⁵

En garantía del respeto de los derechos de las personas y la realización de los principios y finalidades propios del Estado social de derecho, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (N.C.P.A y de lo C.A.) establece en su artículo 5º que todas las autoridades deben no sólo interpretar sino aplicar las disposiciones que *regulan las actuaciones y procedimientos administrativos* a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política y

¹⁴³Enrique José Arboleda Perdomo, óp. cit., página xxvii.

¹⁴⁴Enrique José Arboleda Perdomo, ibídem, página xxviii.

¹⁴⁵Enrique José Arboleda Perdomo, ibídem, página xxviii.

en las leyes especiales; dichas actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a principios, entre los cuales se menciona directamente el de transparencia y publicidad.¹⁴⁶

La importancia de la publicidad de las actuaciones públicas, y dentro de ellas las administrativas, es tal que fue elevada a rango constitucional por consagración directa de los artículos 74¹⁴⁷ y 209¹⁴⁸ de la Carta Política; tal principio de la función

¹⁴⁶Enrique José Arboleda Perdomo, *ibídem*, página 8.

¹⁴⁷Respecto de este artículo la Corte Constitucional, en sentencia T-464 de 16 de julio de 1992, se pronunció en el sentido de indicar que: ‘Si es cierto que el derecho a acceder a los documentos públicos consagrado en el Artículo 74, puede considerarse en buena medida como una modalidad del derecho fundamental de petición y como instrumento necesario para el ejercicio del derecho a la información y, por lo tanto, comparte con éstos su núcleo axiológico esencial, no lo es menos que tiene también un contenido y alcance particulares que le otorgan especificidad y autonomía dentro del conjunto de los derechos fundamentales. En efecto, es claro que dentro de las facultades del titular de este derecho se encuentra la de hacer una simple consulta de los documentos que no culmine, si así lo estima conveniente, en la formulación de petición alguna. Como también la consulta de documentos con la específica finalidad no ya de adquirir información adicional, sino de aclarar o constatar la eventual ocurrencia de una típica práctica o conducta de desinformación. O, más aún, la simple aclaración de que toda inquietud al respecto carece por completo de fundamento. El derecho de acceso a los documentos públicos tiene algunos límites que deben inspirarse en una objetiva prevalencia del interés general. En este orden de ideas, es permitido a los funcionarios impedir el acceso a los documentos reservados, si va autorizada, también cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad. Solo la Carta Fundamental y a Ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho, que, por supuesto, incluye la consulta de los documentos in situ y no solo, como pudiera pensarse la solicitud de copias de los mismos.’

¹⁴⁸Por su parte, el Consejo de Estado a través de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 24 de junio de 2010 ha señalado que: ‘En el ordenamiento constitucional colombiano se estableció que la función administrativa, puesta al servicio de los intereses generales, debe guiarse, entre otros, por el principio de la publicidad (art. 209), esto es que no se admite en el Estado colombiano, como regla general, la posibilidad de que las actuaciones y decisiones de las entidades públicas se cumplan en secreto, sin permitir su conocimiento por parte de los interesados, lo cual repugna a la concepción misma del Estado acogida en el artículo 1º Superior, que entroniza la participación como uno de sus elementos definitorios, y que desde luego se opone también a uno de sus fines primordiales, como es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (art. 2º *ibídem*) La publicidad, hoy en día, es consustancial al Estado de Derecho, pues si bien está prevista la presunción de legalidad para cada una de las actuaciones de la administración pública, de modo que se suponga que material y formalmente lo decidido se ajusta al ordenamiento jurídico, el control a dicha legalidad presunta, que se inspira en la interdicción de la arbitrariedad de la administración, sólo resulta posible en la medida que los administrados puedan tener acceso a las mismas, que puedan conocerlas, cometido que se logra

administrativa es entendido 'en el sentido de que ninguna autoridad puede tomar decisiones secretas y de que el procedimiento para la adopción de las decisiones debe ser conocido por la ciudadanía y por los posibles afectados.'¹⁴⁹

Del Principio de Publicidad se desprende la obligatoriedad de que las actuaciones administrativas y gubernamentales sean públicas, como por ejemplo 'la obligación de publicar la totalidad de los mandatos gubernamentales y administrativos en los periódicos oficiales, de permitir el estudio y sacar copias de todos los documentos, de informar a los afectados e interesados del inicio de cualquier procedimiento, de entregar y permitir el estudio de los actos previos a la toma de la decisión, la posibilidad para cualquier persona, aún sin interés directo, de revisar y estar atenta a la adopción de cualquier determinación administrativa, salvo expresa reserva legal. Modernamente se ha entendido que este conjunto de reglas que desarrollan el principio de publicidad, así como el de transparencia, permiten un diálogo franco y permanente entre los particulares y las autoridades.'¹⁵⁰

Adicionalmente, al lado del Principio de Publicidad 'se ha estructurado en efecto el de la transparencia, a partir del cual se han expedido reglas similares a las que desarrollan el principio de publicidad, agregando un cariz a ese diálogo que pretende abrir el principio de publicidad: que las decisiones administrativas no

únicamente si la administración se empeña en hacerlas públicas por los medios legalmente previstos. Resultaría en extremo difícil para los asociados, si no imposible, el cabal ejercicio de su derecho fundamental a participar en el control del poder político, a través de la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40 *ibidem*), si no se les permite el acceso a las actuaciones de la administración pública, cuando ésta no las hace públicas por los medios legales. Así, la publicidad garantiza, en gran medida, que los interesados en la supremacía del ordenamiento jurídico puedan adelantar las acciones pertinentes para asegurar el control objetivo de los actos de carácter general de la administración, e igualmente que puedan realizar un control subjetivo a los actos de la administración que tengan que ver con sus propios derechos.'

¹⁴⁹Enrique José Arboleda Perdomo, *ibidem*, página 15.

¹⁵⁰Enrique José Arboleda Perdomo, *ibidem*, página 15.

sólo sean conocidas, sino que además la ciudadanía esté informada sobre las mismas aún antes de su adopción, de manera que pueda anticipar y comprender claramente, sin ambigüedad, el objeto de la decisión y su razonabilidad. Se busca una nueva actitud del órgano o autoridad frente a la comunidad, que sobrepasa la simple publicidad, porque se busca crear para la Administración la obligación de ir hacia el ciudadano para informarlo, dando a conocer sus decisiones *in fieri*, explicándolas para que sean comprendidas y, sobre todo, para mostrar la rectitud de las mismas.¹⁵¹(Subrayado fuera de texto original)

Lo anterior nos hace considerar que el Principio de Publicidad, y por ende el de Transparencia, en la sociedad de la tecnología y la comunicación tienen una renovada forma de ‘mostrarse’, es decir, que ahora la Administración Pública del Estado constitucional –social y democrático de derecho– debe ser dinámica y moldeable a las ‘más variadas y profundas transformaciones científicas, tecnológicas y de las comunicaciones’, pues para desarrollar sus funciones y atender sus fines debe satisfacer –en los términos de la época– las necesidades de la comunidad, con la que guarda ‘profundas relaciones de interdependencia, comunicación y acción recíproca para éstos propósitos, más allá de los postulados clásicos de la simple participación ciudadana.’¹⁵²

Dicha profundización en las relaciones de interdependencia entre la Administración Pública y la sociedad, busca ‘ante todo romper con aparatos estatales retóricos, ineficientes, autoritarios, arbitrarios, burocráticos, corruptos, deslegitimados y oscuros, en lo que se ha dado a conocer como la gobernanza

¹⁵¹Enrique José Arboleda Perdomo, *ibidem*, página 15.

¹⁵²Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibidem*, página 164. En este mismo sentido, ver ANGEL SANCHEZ BLANCO. *La participación como coadyuvante del estado social y democrático de derecho*, Revista de Administración Pública, N. 119, mayo-agosto de 1989.

pública que guía hacia gobiernos y administraciones realmente transparentes, públicos, participativos e incluyentes'¹⁵³ Gobernanza pública y gobernanza electrónica¹⁵⁴ que redundan y promueven la efectividad del Principio de Transparencia, en una evidente situación de 'administraciones públicas esencialmente activas, impregnadas indiscutiblemente de un alto grado de poder decisorio; con altas competencias para el impulso de la actividad pública administrativa en procura de colmar las finalidades estatales, en consecuencia depositaria de vitales instrumentos materiales para estos propósitos, como son los propios de la intervención estatal, pero también con sociedades vinculadas e interactivas con el poder público administrativo, inicialmente a través de canales institucionales como la participación política, el sistema electoral, los procedimientos administrativos, pero en las últimas décadas a través de los más preciados instrumentos de la ciencia, la técnica, la tecnología y la electrónica, que hacen del

¹⁵³Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 167. En este mismo sentido, JUAN CARLOS SANCHEZ FIGUEROA. *La administración pública en la sociedad de la información: antecedentes de la adopción de iniciativas de gobierno electrónico por los ciudadanos*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009.

¹⁵⁴<http://vecam.org/article526.html>. 'La evolución del término gobernanza electrónica tiene que verse en la intersección de dos grandes movimientos –gobernanza y revolución de la información. Hace algún tiempo se viene hablando del tema de la gobernanza. Según el *Concise Oxford Dictionary* (9ª ed.), la palabra 'gobernanza' proviene de la voz 'kuberna', que significa "dirigir". Los primeros ensayos de las ciencias políticas clásicas sobre el tema hacían referencia al concepto de 'governabilidad' que convirtió al estado de derecho en la piedra angular del desarrollo [JOHNSON, 1997] [...] El término 'gobernanza' se introdujo en el discurso sobre el desarrollo alrededor del período de finales de los años ochenta. El Informe de Desarrollo Humano de 1991 [1] acepta el hecho de que la libertad y la democracia, aunque no sean una condición necesaria, son completamente consecuentes con el crecimiento y el desarrollo. El 'desarrollo internacional' cambió su enfoque del 'crecimiento económico' de los años cincuenta (décadas de desarrollo de la ONU) al 'desarrollo humano sostenible', que incluye que las preocupaciones por las personas y la naturaleza sean aceptadas ampliamente por el Estado, el mercado y la sociedad civil. El movimiento medioambiental ha planteado que la 'gobernanza' es una urgencia para llevar a cabo las agendas de desarrollo de manera holística: incluye no sólo al sector en cuestión y las partes involucradas obvias, sino también a los demás afectados en otras áreas. Ha forzado una redefinición del interés público en la que se reconoce a la propia naturaleza como participante'

concepto de interacción una realidad inevitable de las comunicaciones.’¹⁵⁵
(Subrayado y cursivas fuera de texto original)

Es por lo anterior, que actualmente las sociedades también son gobierno, pues se relacionan y actúan permanentemente con el poder a través de la tecnología y aprovechando los avances de la comunicaciones. Esta afirmación es una realidad de gran evidencia en la contratación estatal, la cual se hace por parte de la Administración Pública en un ambiente de gran transparencia, y mucho más cuando todos los procedimientos deben mostrarse a través de la herramienta electrónica del SECOP.¹⁵⁶

¹⁵⁵Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ibídem, página 168. Vr. RICARDO GARCÍA MACHO. *El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público*, en RICARDO GARCIA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010. Vr. JOSEP OCHOA MONZÓ. *¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?*, en FRANCISCO SOSAWAGNAR. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

¹⁵⁶“Con la emergencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), la globalización tuvo un impacto profundo en el desarrollo de la idea de gobernanza electrónica. Por primera vez en los últimos dos siglos, las TIC reemplazaron dos elementos básicos de la producción, el ‘obrero’ y el ‘capital’, por ‘información’ y ‘conocimiento’. Internet significó un avance tan importante como el de la imprenta en el siglo XV. Ofrece la posibilidad de comunicar, compartir, distribuir, intercambiar, formalizar, usar y poner en red la información a una velocidad nunca antes experimentada. La Ley Moore señaló que el poder del procesamiento de los microchips se duplica cada 18 meses con una tendencia de 20-30% de declive en los precios de ajuste a la calidad de las computadoras. Esto significa que las computadoras son cada vez más baratas, potentes y ubicuas, lo que posibilita gobernar la red y la automatización de servicios. Por otro lado, el activismo político también está utilizando el espacio con un creciente número de grupos de interés público, organizaciones comunitarias o voluntarias que están propagando sus demandas y actividades en la red electrónica. Los principios weberianos de gobernanza burocrática se está reemplazando por las tendencias de gobernanza horizontal, más sencilla, dinámica y en red. La reforma administrativa y el desarrollo experimentaron la gestión de la calidad total (TQM por sus siglas en inglés) en los años ochenta y la ‘reingeniería y reinención del gobierno’ en los años noventa. La gobernanza electrónica refleja este proceso de reinención y reingeniería en la gobernanza y ‘apunta a adaptar la administración al flujo cada vez más creciente de información: acelerando el proceso de toma de decisiones con una optimización de los recursos, y haciendo que el mecanismo de toma de decisiones se autorregule’ [BAEV, 2003] Esto ha llevado a que la ‘gobernanza’ se defina independientemente desde ‘la acción de gobernar’ hasta la práctica de obtener el consentimiento y la cooperación de los gobernados. El objetivo concreto de la gobernanza electrónica es apoyar y simplificar la gobernanza para todas las partes – gobierno,

El SECOP es realmente un instrumento de gobernanza electrónica, de buen gobierno, que se apoya en la tecnología de la información y el conocimiento, vinculando a la administración con la colectividad, y cuyo efecto principal es hacer ‘realmente transparente’¹⁵⁷ a la administración a través de la comunicación, medios a los cuales puede acudir sin limitaciones tecnológicas de ninguna clase, en cuanto no vulneran los derechos fundamentales de los asociados, garanticen los derechos de los usuarios y hagan del cumplimiento de finalidades y del acceso de las personas a la vida democrática y participativa del país algo mucho más ágil, efectivo y eficaz.’¹⁵⁸

La gobernanza electrónica que se ejerce a través del SECOP genera una fortalecida relación tripartita entre los gobiernos, la sociedad y el individuo, haciendo más legítimo al primero de ellos, consolidando sus relaciones y volviéndolos necesariamente interdependientes entre sí.¹⁵⁹ El SECOP obliga a estas triples partes a una actitud de ineludible transparencia exigida, pues el accionar de cada una de ellas es seguido y vigilado por las dos restantes.

ciudadanos y empresas-. En otras palabras, la gobernanza electrónica emplea los medios electrónicos para apoyar y estimular la buena gobernanza [BACKUS, 2001]” OCHOA MONZÓ, Josep. *¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?*, en FRANCISCO SOSAWAGNAR. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Página 2.

¹⁵⁷“La transparencia administrativa no se resuelve sin más en una mera y abstracta ‘administración de cristal’. La cuestión es mucho más compleja, matizada e interesante de lo que evoca esa simple imagen. De entrada, la transparencia guarda una estrecha relación con las reglas que disciplinan la información que la administración genera, obtiene y procesa. La información administrativa representa el átomo del sistema; es su verdadero presupuesto, y su finalidad inmediata reside en la comunicación. El intercambio de información –o comunicación- entre el ciudadano y la administración constituye, en efecto, la condición *sine qua non* de la transparencia...” VARNÉS VASQUEZ, Javier. *Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia*, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010. Página 54.

¹⁵⁸Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 171.

¹⁵⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 171.

De lo que se trata aquí, en últimas, es de que 'el Derecho administrativo ha evolucionado asumiendo dentro de sus estructuras la *gobernanza electrónica* y, en consecuencia, un adelantado concepto de derecho fundamental a la información, que involucra de manera activa a quienes ejercen la función pública administrativa, que se ha venido a constituir, en los últimos años, en un elemento rector de la disciplina, en cuanto que aborda las infraestructuras de la información en todas sus dimensiones.'¹⁶⁰ El que la comunidad y la ciudadanía puedan estar informados de forma permanente a través del SECOP de los procesos de contratación que se están surtiendo implica el reconocimiento de una nueva concepción del Derecho administrativo apoyado en la Constitución Política colombiana y su listado de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, pensamiento, opinión, información, comunicación, conocimiento, enseñanza y petición, que redundan inexorablemente en la consolidación de un instrumento que garantiza la transparencia de los procedimientos que se surten a través de él.¹⁶¹

¹⁶⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 175. En este sentido, cuando el doctor Ricardo García Macho habla en su artículo *La transparencia en el sector público*, se refiere a que éste principio está indisolublemente atado al derecho a la información, constituyéndose ambos en la base del sistema democrático y en la razón del debido funcionamiento de las instituciones públicas, de tal manera que afirma: 'El ciudadano necesita información para que su participación en la toma de decisiones sea efectiva, y su impulso depende de que la idea de democracia no se entienda sólo en sentido formal y jerárquico, sino entendida como una concepción abierta a una participación efectiva en los procesos de decisión política y administrativa. También en la realización del principio del Estado de derecho la transparencia tiene un papel de fomento, lo cual se manifiesta en la garantía de los derechos fundamentales, así en el aseguramiento y ponderación del derecho fundamental a la protección de datos. La transparencia en el funcionamiento de las instituciones públicas facilita la formación de una opinión pública informada, que podrá participar en la toma de decisiones en las cuestiones que les conciernen. Existe una relación entre publicidad y transparencia, y si bien es cierto que el principio de publicidad goza de una mayor tradición histórica como ha sido puesto de manifiesto³, en la actualidad caminan juntos y coadyuvan a la formación de una opinión pública, para lo cual debe facilitarse al ciudadano el acceso a los documentos.'<https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=la%20transparencia%20en%20el%20sector%20p%C3%BAblico%20garc%C3%ADa%20macho>

¹⁶¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ibídem*, página 177.

El SECOP hace visible, o transparente, el procedimiento de selección en la contratación estatal.

2.1 . Ley de creación del SECOP

Entender la Ley de creación del SECOP, sus relaciones y efectos dentro del Derecho administrativo de la contratación pública implica hallar el contexto jurídico, político y económico dentro del cual dicho sistema se desenvuelve, es decir, la intención con la que una norma de esa naturaleza se produce en las organizaciones políticas contemporáneas; así como, comprender que su intención fue crear un instrumento de colaboración a la actividad contractual estatal destinado a lograr la transparencia de dichos procesos contractuales.

En palabras del doctor CLAUDIO ORREGO LARRAÍN, ‘Existe un generalizado consenso entre expertos de que el crecimiento acelerado y desproporcionado del poder ejecutivo bajo la idea del *Estado de bienestar*, al menos en relación con los otros poderes del Estado, produjo asimetrías que hoy posibilitan y favorecen la existencia de situaciones de corrupción. Si bien la forma cómo se materializó la idea del Estado de Bienestar en Europa difiere sustancialmente de aquella adoptada por los débiles estados latinoamericanos, se ha utilizado la misma terminología, ya que los procesos responden a patrones similares. Del mismo modo, desde una perspectiva histórica esto es válido aún considerando los procesos de privatización actualmente en curso. El Estado no sólo sigue teniendo un gran tamaño y una enorme complejidad, sino que además ha retenido para sí la

función reguladora de muchas de las áreas económicas ya privatizadas.¹⁶² (Cursivas fuera de texto original)

En este estado de cosas, en nuestros Estados, tanto el poder judicial como la función controladora resultan absolutamente insuficientes ‘para desarrollar capacidades y competencias que les permitan lidiar y fiscalizar las cada vez mayores y más complejas actividades de la administración del Estado y quien la dirige, el ejecutivo.’¹⁶³

Si a mecanismos y órganos de control para combatir la corrupción en materia de contratación estatal nos refiriéramos, es preciso indicar que uno de los factores institucionales más determinantes que impiden combatir la corrupción es la ‘debilidad técnica y de potestades de los órganos de control fiscal y administrativo, tanto internos (de los propios servicios o ministerios) como externos (instancia independiente del gobierno de turno).’¹⁶⁴

De acuerdo a un análisis comparado de los órganos de control en Latinoamérica, concretamente las contralorías, ha permitido identificar ciertas falencias en cuanto a su capacidad para prevenir, detectar y sancionar actos de corrupción, una de ellas es ‘la obsolescencia y excesivo legalismo de los sistemas de control. Esto se refiere tanto a procedimientos como a infraestructura y tecnología. Los mecanismos de control exhaustivo y previo de todo lo gastado por las agencias centralizadas y descentralizadas del Estado, probablemente justificados y eficaces

¹⁶² ORREGO LARRAÍN, Claudio. *Corrupción y modernización del estado*. Argentina: El Cid Editor | apuntes, 2014. ProQuest ebrary. Copyright © 2014. El Cid Editor | apuntes. All rights reserved. Página 19

¹⁶³ ORREGO LARRAÍN, óp.cit., página 19.

¹⁶⁴ ORREGO LARRAÍN, ibídem, página 21.

para un Estado que era más pequeño, están hoy absolutamente sobrepasados por el tamaño de la administración pública, siendo responsables de un grado importante de la ineficiencia estatal. De igual forma, el énfasis casi exclusivo en el control legal ha implicado un grave descuido de las otras dimensiones de su rol fiscalizador. En primer lugar hay formas de corrupción que no son detectables a través del control de legalidad, como el conflicto de intereses, la colusión de proveedores, el tráfico de influencias u otras formas más refinadas de mal uso de recursos del Estado. Segundo, y algo aún más grave, el control de legalidad no comprende el análisis de eficiencia y eficacia del gasto público. Es decir, no incluye lo que actualmente se denomina control de resultado. Un pago perfectamente legal, puede carecer de lógica y haber sido invertido en forma ineficiente.¹⁶⁵

Pero, y en estadísticas latinoamericanas, Colombia ha incorporado mecanismos de control de gestión para atacar el fenómeno de la corrupción a través de herramientas tecnológicas como el SECOP (regulación normativa) y de infraestructura adecuada, que facilita la labor de los organismos de control y su capacidad fiscalizadora.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ORREGO LARRAÍN, ibídem, página 21.

¹⁶⁶ ORREGO LARRAÍN, ibídem, página 21. En la argumentación de factores incidentes de la corrupción, el autor manifiesta por ejemplo que en lo que tiene que ver con la Gestión Administrativa 'la existencia de innumerables pasos y etapas innecesarias en todo proceso burocrático, tanto hacia adentro como de cara al "cliente" externo. La complejidad, el carácter engorroso y la consecuente lentitud de muchos de los procedimientos públicos es considerado causa directa de muchas irregularidades. Sean que se trate de largas listas de trámites, múltiples ventanillas de consulta, etc., este es un ámbito que refleja las peores ineficiencias de la burocracia, dándole un inmenso poder al funcionario que puede decidir la rapidez con el cliente obtiene el permiso, licencia o lo que fuere. En países como la India se ha llegado a comprobar que una vez que existe este tipo de corrupción ("dinero rápido"), éste tiene un efecto de autogenerar más ineficiencias y lentitud, ya que ahora el funcionario no hace nada sin que se le pague una coima. (Gould y Amaro-Reyes, 1988) Sin una simplificación radical de los procedimientos y trámites públicos, siempre existirá corrupción e ineficiencia.' Página 22 y 23.

Una de las formas para atacar la corrupción y propiciar la transparencia en los procesos de contratación estatal es a través de la creación de modernas leyes e instrumentos reguladores de la temática, que más que intensificar los aspectos penalizadores de la corrupción¹⁶⁷ que a través de tipificación de las conductas se

¹⁶⁷ Sobre la creación normativa de nuevos tipos penales que ataquen la corrupción, considero pertinente traer a colación las expresiones que sobre el particular tiene el libro del autor ORREGO LARRAÍN sobre el particular y, que en mi concepto son muy esclarecedoras del panorama que aquí se quiere presentar: 'A pesar del conocido adagio que dice "si quieres despenalizar la corrupción, penalízala", la tendencia tradicional de nuestros países para combatir la corrupción ha sido el fácil pero parcialmente inefectivo recurso de crear nuevos tipos penales y aumentar las penas de los delitos ya existentes. Salvo ámbitos muy específicos en los cuales la legislación penal está atrasada (...), desde hace mucho tiempo casi todos los códigos penales han establecido delitos que castigan gran parte de las prácticas corruptas básicas como malversación de fondos públicos en todas sus formas, fraude, negociaciones incompatibles, cohecho pasivo y activo, etc. Así, el problema no parece ser tanto un atraso de la legislación, sino más bien el hecho de que la penalización de la corrupción no ha sido efectiva. De ser cierta la hipótesis de que el combate penal de la corrupción no ha sido del todo efectivo, entonces se desprenden lógicamente los problemas que puede tener una estrategia anti-corrupción que descansa fundamentalmente en el sistema judicial penal. Analizando la literatura existente sobre la materia, surgen tres razones para esta clara ineficacia. Primero, la ya mencionada falta de independencia. Cuando los jueces no tienen una protección real ante posibles presiones políticas, económicas o administrativas, es muy difícil la utilización del ámbito penal para sancionar ejemplarmente a funcionarios corruptos, especialmente si éstos son de alto rango o muy bien conectados. A ello hay que agregar, para no ser injustos, una necesaria y no desmerecible cuota de coraje moral por parte de los jueces. El juez que decida desafiar los poderosos intereses que se esconden detrás de los grandes casos de corrupción recibirá sin duda amenazas y peligros. Finalmente también existe el problema de oportunidad de la sanción penal. Debido a la ineficacia y sobrecarga del poder judicial, las sentencias generalmente llegan con un retraso tal que su efecto de demostración en el combate contra la corrupción se diluye con el tiempo. La segunda razón que explica la ineficacia del derecho penal en este ámbito, es la carencia de mecanismos efectivos y poderosos de investigación. El hecho de que los delitos relacionados con la probidad pública sean en general de difícil prueba, sumado al requerimiento de tener un grado relativamente alto de certidumbre, hace que muchos actos ilícitos queden sin sanción por la imposibilidad práctica de probar la concurrencia de todos los elementos del tipo penal. Sin agencias anti-corrupción o fiscales que tengan amplios poderes y personal especializado para investigar este tipo de delitos, recabando las pruebas necesarias, es muy difícil articular un sistema en que el derecho penal cumpla un rol efectivo en la lucha contra la corrupción. La última razón es que en muchas ocasiones el acto corrupto no se encuadra en forma precisa con la descripción del tipo penal. Así, debido a garantías constitucionales básicas como el principio de legalidad, el sistema penal termina siendo impotente para castigar hechos que, aunque claramente constitutivos de corrupción, no son castigables mediante este mecanismo jurídico de última ratio. Una consecuencia no deseada desde este énfasis en la lucha penal contra la corrupción es el subdesarrollo de los sistemas disciplinarios administrativos. Siendo este instrumento el que las autoridades tienen más a mano para sancionar conductas irregulares de funcionarios en forma ágil y expedita, su debilidad y falta de desarrollo en muchos de los países de la región es una de las principales falencias

puedan dar, propenden por el fortalecimiento de herramientas tecnológicas (disciplinas transversales) que permitan la realización efectiva de mecanismos de bloqueo a la corrupción, por ser humanamente incorruptibles, es decir, transparentes.

‘El tema de la contratación estatal electrónica en Colombia tiene como punto de partida un escaso desarrollo normativo expresado a través del Decreto 2170 de 2002, las Directivas Presidenciales 02 y 012 y los Decretos 2150 de 1995, 1094 de 1996, relacionados con la factura electrónica ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 1122 de 1999 y 266 de 2000, entre otros. Adicional a lo anterior, es importante resaltar el avance realizado por el legislador en la materia con la expedición de la reciente Ley 962 de 2005.’¹⁶⁸

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública fue creado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2178 de 2006, como como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, para permitir la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control en el propósito de articular los servicios electrónicos que ofrecía el SICE y los sistemas de información relacionados con la contratación pública a cargo del Gobierno. Su

estructurales para la debida protección de la probidad pública. Habidas las limitaciones del sistema penal para atacar este problema, la debilidad de los sistemas de investigación y sanción administrativos debilita aún más la capacidad de respuesta del Estado frente a fenómenos de corrupción. Otro producto no deseado del enfoque excesivamente penalista, es la inexistencia o subdesarrollo de un sistema confiable, fluido y reservado que permita a los mismos funcionarios hacer llegar información referida a la posible comisión de irregularidades. Así, al no existir un buen sistema disciplinario administrativo, la autoridad que quiere castigar una irregularidad grave que no es o no puede probarse constitutiva de un delito penal, enfrenta costos personales, políticos y administrativos tan altos, que frecuentemente termina no sancionando al funcionario respectivo, o a lo más aceptando su silenciosa renuncia.’ *Ibidem*, páginas 23 y 24.

¹⁶⁸ RINCON CARDENAS, Erick. *El futuro de la contratación estatal por medio electrónicos*. En Restrepo Medina, Manuel Alberto, ed. *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Segunda Parte. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009. ProQuest ebrary. Página 185.

objetivo siempre ha sido dar uniformidad a la *información* sobre la contratación pública.

Pero, en el año 2009, el doctor RINCÓN CARDENAS reclamaba ya por la necesidad apremiante de que se efectuara un sistema electrónico de contratación estatal que le permitiera a la Administración pública desarrollar sus procesos de contratación a través de un portal único para estos efectos, pues, en su concepto, 'No obstante, y a pesar de los esfuerzos por implementar un sistema de contratación pública electrónica, no parecen muy claras la reglas e instrumentos con que cuenta la administración pública en Colombia al utilizar las herramientas tecnológicas, hemos pasado de un sistema eminentemente fiscalizador en materia contractual electrónica como lo es el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal (SICE), administrado por la Contraloría General de la República, a un sistema informativo o publicitario en materia contractual como lo es el Portal Único de Contratación [hoy SECOP]. A pesar de ello, ha habido algunos intentos por parte del Congreso de la República y del Gobierno Nacional para regular y reglamentar el tema de la contratación pública electrónica en el país. Al respecto se ha sostenido que las llamadas, en inglés, *Policy makers* han buscado aprovechar las ventajas de los avances tecnológicos en el manejo de información y telecomunicaciones, con la finalidad de aumentar la eficiencia de los procesos de contratación estatal y la *transparencia* de los mismos.'¹⁶⁹ (Cursivas fuera de texto original)

Es así como el Decreto 2178 fue derogado en su totalidad por el Decreto 3485 de 2011, que expresaba de manera importante en su artículo 1º que el SECOP, como instrumento de interacción entre las entidades contratantes, los proponentes, los

¹⁶⁹ RINCON CÁRDENAS, óp. cit., página 185 y 186.

contratistas, la comunidad y los órganos de control materializaba *particularmente* los principios de transparencia y publicidad. Así mismo, el Decreto 3485 de 2011 fue derogado por el Decreto 734 de 2012; y, ahora, el SECOP se maneja a través de las disposiciones contenidas en el Decreto 1510 de 2013.

Pero, hablar de la Ley de creación del SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública) y cómo ella se constituye en una herramienta para la implementación del Principio de Transparencia en la contratación estatal implica, necesariamente, referirse a su origen normativo y conceptual, es decir, a la Ley 527 de 1999.

En la Exposición de Motivos que se llevó a cabo en el Congreso de la República en relación con la Ley 527, se vio la necesidad de que nuestro país incorporara a su estructura legal normas adecuadas y acordes con el desarrollo tecnológico propio de los países industrializados, las cuales permitirían agilizar y hacer mucho más operante la prestación de servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles, a efectos de acceder a canales eficientes de derecho mercantil internacional.

El propósito de la Ley 527, expresado desde sus debates en el Congreso de la República, era dotar de *fundamento jurídico* a las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos y darle fuerza probatoria a los mensajes de datos con relevancia jurídica en la materia. No podría haber un mejor modelo para esta consolidación legal que las leyes internacionales que regulan el palpitante comercio a nivel mundial, y para ello -con apoyo de organismos internacionales, públicos y privados- se tomó como base la Ley modelo de la Comisión de las

Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

Como indicara el Congreso en su momento para la aprobación de la Ley 527, el comercio electrónico es de carácter mundial naturalmente y abarca una amplia gama de actividades. Ha sido impulsado decisivamente por la revolución del internet, se expande en forma acelerada y experimenta cambios radicales, incluyendo nuevos negocios, mercados y organismos comerciales innovadores; con él se crean modernas funciones de manera permanente, así como nuevas fuentes de ingresos.

El comercio electrónico consiste en realizar “electrónicamente” transacciones comerciales por medio de mensajes de datos, los cuales pueden estar contenidos en textos, imágenes y videos; con él se pueden realizar toda suerte de actividades como, comercio electrónico de bienes y servicios, suministros en línea de contenidos digitales, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, *subastas*, *prestación de servicios en línea*, comercialización directa al consumidor, servicios postventa, (...)

El comercio electrónico es una técnica consistente en llevar a cabo el intercambio de propuesta y aceptación entre dos personas distantes mediante documentos con soportes informáticos y enviados con métodos de transmisión telemática a distancia.

Durante mucho tiempo el concepto jurídico de documento era la dada por el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil¹⁷⁰, consistente en un objeto mueble con carácter representativo o declarativo (escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares); pero esto no contradecía los conceptos telemáticos. Así las cosas, con la Ley 527 de 1999 se creó el criterio del *equivalente funcional* el cual en cumplimiento a ciertos requisitos da el mismo valor probatorio a los mensajes de datos de la era electrónica aplicables válida y extensamente a la contratación pública.¹⁷¹

¹⁷⁰ 'En la década pasada se consideraba, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, que la inseguridad jurídica respecto del valor probatorio de los mensajes de datos era el principal obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico; y que su regulación, por tanto, era un asunto de la mayor importancia. La expedición de la ley 527 de 1999 obedeció a esta necesidad de dar seguridad jurídica a las transacciones electrónicas. En la regulación de los medios electrónicos por la ley 527 el legislador se enfrentó a un dilema crucial. Por una parte, podía crear un régimen jurídico particular y exclusivo para los medios electrónicos de prueba, independiente de la regulación tradicional esencialmente contenida en el Código de Procedimiento Civil. Por otra, podía simplemente adaptar el régimen jurídico existente a las nuevas realidades aparejadas por los medios electrónicos. El legislador, siguiendo la tendencia internacional, optó por la segunda alternativa. Pero, ¿Cómo (sic) podía el legislador realizar esta adaptación del ordenamiento jurídico tradicional al uso de medios electrónicos? El criterio del equivalente funcional es la respuesta a este interrogante. Es este criterio de interpretación el que permite entender cómo se pueden cumplir los requisitos probatorios tradicionales por medio de mensajes de datos.' UMAÑA CHAUX, Andrés Felipe. *Algunos comentarios sobre el equivalente funcional en la Ley 527 de 1999*. Revista Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, abril 2005. Página 76.

En

https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics93.pdf

¹⁷¹ 'El origen próximo del equivalente funcional lo encontramos en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Cnudmi de 1996 (LMCE). En la Guía para la incorporación al derecho interno de este documento se afirma la necesidad de crear un mecanismo por el que los Estados permitan el uso de medios electrónicos en las transacciones jurídicas, sin que por ello deban renunciar a la imposición de requisitos formales para las transacciones jurídicas. El criterio del equivalente funcional es este mecanismo. Podemos enunciarlo de la siguiente manera: *Si un mensaje de datos cumple con los mismos objetivos y tiene las mismas funciones que un medio tradicional o físico de transmisión de información, dicho mensaje tendrá los mismos efectos jurídicos que dicho medio físico*. La explicación de este criterio así enunciado es muy simple. De acuerdo con el artículo 5 de la ley 527 de 1999, no puede negarse efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cierta información, por el solo hecho de que esté en forma de mensajes de datos. Este artículo pone en pie de igualdad a los

Sin embargo, ante la imposibilidad de desconocer el asombroso desarrollo de la tecnología informática y, mucho menos, de no ponerse a punto con ella -dados los vertiginosos avances de estos aspectos a nivel internacional-, por primera vez en 1995, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2150, suprimió y reformó regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración pública, y con el artículo 26 abrió brecha en el sentido de que desde ese momento en adelante las entidades de la Administración Pública deberían habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios enviaran o recibieran información requerida en sus actuaciones frente a la Administración, y que en ningún caso las entidades públicas podrían limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de sus estándares tecnológicos.¹⁷²

mensajes de datos con los demás medios de pruebas, al reconocerles de manera general valor probatorio. Pero el que no pueda negarse efectos jurídicos a los mensajes de datos no significa que todos los mensajes de datos tengan el mismo valor probatorio, y ni siquiera que tengan alguno. Tal y como muchos objetos muebles no tienen el suficiente carácter representativo o declarativo para ser considerados documentos, muchos mensajes de datos pueden no servir como medios de prueba. El legislador consideró prudente establecer unos parámetros básicos para determinar cuándo un mensaje de datos tiene valor probatorio. (...)Un juez puede negar valor probatorio a un mensaje de datos cuando considere que las condiciones de su generación, transmisión o conservación del mismo no son confiables. Por ejemplo, si en la creación de un mensaje de datos no se utilizó ningún mecanismo técnico para dejar constancia de que fue una determinada persona quien creó el mensaje de datos, un juez podría llegar a considerar que, al no existir certeza sobre el creador del mensaje de datos, no puede dársele valor probatorio, salvo que haya un reconocimiento expreso de a quien se opone. El juez, en este caso, consideraría que el mensaje de datos, al no ser lo suficientemente confiable, no puede cumplir con la función para el que supuestamente fue creado. De lo anterior se desprende que el valor probatorio de un mensaje de datos no es absoluto, sino relativo. Depende de las circunstancias particulares de su creación, transmisión y almacenamiento el que el mismo sea considerado confiable. (...) Así, se tiene que, para saber si un mensaje de datos presta valor probatorio, deberá seguirse el siguiente razonamiento: 1) Determinar las funciones probatorias que un determinado mensaje de datos cumplió respecto de determinados hechos. 2) Hallar un documento o medio de prueba que cumpla con estas mismas funciones. 3) Definir si el mensaje de datos cumple dichas funciones con la suficiente confiabilidad, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.' UMAÑA CHAUX, óp. Cit. Página 77 y ss.

¹⁷² Exposición de motivos Ley 527 de 1999

Como quiera que la Ley 80 fue expedida en el año 1993, cuando estos primeros pasos de intercambio telemático aún no se daban en el país, los adelantos normativos fueron introducidos con la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80, y cuyo derrotero principal era introducir –justamente- medidas para la eficiencia y la *transparencia*, así como otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Una herramienta clara de transparencia en la contratación pública colombiana la trae el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, cuando indica que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, los contratos y, en general, los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Esos mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades públicas cumplirán con las obligaciones de *publicidad* del proceso contractual serán señalados por el Gobierno nacional; cuya materialización se desarrollará a través del SECOP.

Debe aclararse, que la Ley 1150 señaló que esa actividad de la Administración a través de medios electrónicos para la contratación estatal se desarrollará sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.¹⁷³

¹⁷³ Artículo 30º.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3o. Modificado por el art. 224, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4o. Modificado por el art. 220, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

5o. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Modificado por el art 89, Ley 1474 de 2011. Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

11. Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

Parágrafo.- Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

Las expresiones "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

Pero, con el transcurrir de los años, y luego con la expedición del Decreto 1510 de 2013, en su artículo 19¹⁷⁴, la publicidad en el SECOP pasó de un estado de ‘podrá’ – de la Ley 1150- a una clara obligatoriedad de publicación de los documentos del proceso y los actos administrativos de la contratación por parte de las entidades estatales.

De esta forma, el SECOP es un sistema electrónico que tiene, entre otras, la función ‘de cumplir con las *obligaciones de publicidad* de los diferentes actos expedidos en los procesos contractuales y permite a los interesados en participar en los procesos de contratación, proponentes, veedurías y a la ciudadanía en general, consultar el estado de los mismos.’¹⁷⁵ (Cursivas fuera de texto original)

Según el Documento Conpes 3620 de 2009, el SECOP se creó como un incentivo para el uso del comercio electrónico con el fin de “llevar a cabo la gestión pública contractual a través de medios electrónicos”.¹⁷⁶ El SECOP es claramente una respuesta a la adopción de medidas por parte del Estado colombiano para garantizar los principios de eficiencia y *transparencia* en la contratación pública, establecido en el Documento Conpes 3249 de 2003.

La política pública de contratación contenida en el Documento Conpes 3249 de 2003 recomienda dentro del esfuerzo de renovación de la Administración pública

¹⁷⁴ Artículo 19. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.//La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto.

¹⁷⁵ http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/que_es_secop.html

¹⁷⁶ http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/que_es_secop.html

guiar la administración de lo público por estrictos criterios de eficiencia y *transparencia*.

De igual manera, dicho documento Conpes señala que la ley deberá ordenar para las entidades estatales (incluso aquellas que por la naturaleza de sus actividades industriales, comerciales o financieras deben manejar reglas que están por fuera de la órbita de lo público) la observancia –en su actividad contractual- de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como del de selección objetiva, con el objeto de garantizar la *transparencia* e idoneidad en la escogencia de los contratistas.

El SECOP es administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (Decreto 4170 de 2011). Este sistema pretende cumplir con la política de que las acciones del Gobierno nacional estén orientadas hacia la transparencia y la rendición de cuentas.

En cumplimiento de la política pública tendiente a la eficiencia y *transparencia* en la contratación pública estatal, los documentos enunciados en el artículo 3º del Decreto 1510 de 2013 y que son de obligatoria publicación en el SECOP son:¹⁷⁷

- Los estudios y documentos previos.
- El aviso de convocatoria
- Los pliegos de condiciones o la invitación
- Las adendas
- La oferta (adjudicataria)
- El informe de evaluación

¹⁷⁷ http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/tipos_de_actos_que_deben_publicarse.html

- El contrato
- Todos los demás documentos expedidos por la entidad estatal durante el proceso de contratación.

A su vez, para cada proceso de selección, durante la *etapa precontractual*, hay unos documentos objeto de publicación, a saber:

En la Licitación Pública,

- El aviso de convocatoria pública (artículo 21 Decreto 1510 de 2013)
- Los avisos en la página WEB y SECOP sobre el objeto y características esenciales de la contratación (artículo 224 Decreto 019 de 2012)
- El proyecto de pliego de condiciones
- Los estudios y documentos previos
- Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El acto administrativo de apertura del proceso de selección
- El pliego de condiciones definitivo
- El acta de revisión de asignación de riesgos previsibles y si se llevó a cabo de audiencia de aclaración de pliegos de condiciones
- Las adendas
- El acta de cierre del proceso
- El informe de evaluación
- El proyecto de acto administrativo que decide el proceso
- El acta de audiencia pública de adjudicación
- El acto administrativo de adjudicación

En la Selección abreviada de menor cuantía,

- El aviso de convocatoria pública
- El proyecto de pliego de condiciones
- Los estudios y documentos previos
- Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El acta de sorteo, si a ello hubiere lugar
- El acto administrativo de apertura del proceso de selección
- El pliego de condiciones definitivo
- Las adendas
- El acta de cierre del proceso
- El informe de evaluación
- El proyecto de acto administrativo que decide el proceso
- El acto administrativo de adjudicación

En la Selección abreviada por subasta inversa,

- El aviso de convocatoria pública
- El proyecto de pliego de condiciones
- Los estudios y documentos previos
- Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El acto administrativo de apertura del proceso de selección
- El pliego de condiciones definitivo
- Las adendas

- El acta de cierre del proceso
- El informe de verificación de requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa
- El acta de audiencia de subasta presencial o su equivalente cuando se realice por medios electrónicos
- El acto administrativo de adjudicación

En el concurso de méritos,

- La convocatoria para presentar expresiones de interés cuando exista precalificación*¹⁷⁸
- El aviso de convocatoria pública
- El proyecto de pliego de condiciones
- Los estudios y documentos previos
- Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- El documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Las modificaciones al aviso de convocatoria para presentar expresiones de interés*
- El acta de audiencia pública de precalificación*
- El acto administrativo de apertura del proceso de selección
- El pliego de condiciones definitivo
- Las adendas
- El acta de cierre del proceso
- El informe de evaluación
- El acta de acuerdo sobre el alcance y valor del contrato

¹⁷⁸ Los documentos indicados con asterisco (*) corresponden a documentos expedidos en el concursos de méritos con precalificación.

- El acto administrativo de adjudicación

En la Contratación de mínima cuantía,

- La invitación pública a participar en los procesos de mínima cuantía
- Los estudios y documentos previos
- Las observaciones a la invitación pública
- El documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones a la invitación pública
- Las adendas
- El acta de cierre del proceso
- El informe de evaluación
- Las respuestas a las observaciones del informe de evaluación

En la Contratación directa,

- El acto administrativo de justificación de la contratación directa, si a ello hubiere lugar.
- Los estudios y documentos previos

De igual forma, cuando ya se pasa a la etapa contractual, la transparencia a través del SECOP se cumple a través de la exigencia de la publicación en el sistema de los siguientes documentos:

- El contrato (incluidos los que se celebren con los comisionistas para la actuación en bolsas de productos).
- La comunicación de aceptación de la oferta en los procesos de mínima cuantía
- La oferta ganadora

- Las adiciones contractuales
- Las prórrogas contractuales
- Las modificaciones contractuales
- Las suspensiones contractuales
- Las cesiones contractuales
- Las sanciones ejecutoriadas

Finalmente, en la etapa postcontractual, los documentos objeto de publicación son los siguientes:

- El acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato
- El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, si a ello hubiere lugar
- La constancia del cierre del expediente del proceso de contratación.¹⁷⁹

De esta forma, la normatividad sobre el SECOP y el sistema en sí mismo satisfacen la aplicación del Principio de Transparencia en los procesos de selección de la contratación estatal colombiana, porque con él, se garantiza la exigencia de la seguridad jurídica para la necesaria estabilidad del derecho positivo tanto para la Administración pública como para los particulares y la colectividad.

Como dijera el doctor RINCÓN CÁRDENAS, citando al tratadista Antonio Fernández, ‘Específicamente la seguridad jurídica se refiere a las situaciones concretas de los particulares dentro del orden del Derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y dónde empieza la de los demás;

¹⁷⁹ http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/tipos_de_actos_que_deben_publicarse.html

que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que el o los otros realicen en la órbita del Derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma; en fin, que en todo instante pueda contemplar, deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y ajenos”.¹⁸⁰

Y es que justamente el futuro de la contratación electrónica estatal, o SECOP, está ligada a caucionar esa seguridad jurídica, que no obstante reconocer que existen fallas en el derecho, tiende a que con ella se le den garantías al particular que acoja sus normas, ‘de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento.’¹⁸¹

La ‘[f]inalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarla en casos concretos irán dirigidas normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existentes en todos los ordenamientos: (...) Puede verse, entonces, que la seguridad jurídica está principalmente ligada a la certeza y estabilidad jurídica que pueda brindar un determinado ordenamiento respecto a ciertas circunstancias o situaciones. Esa certeza a su vez, se concreta en la certidumbre que debe tener todo sujeto de derecho respecto a una determinada decisión o desenvolvimiento del tráfico jurídico en situaciones concretas.’¹⁸²

¹⁸⁰ RINCÓN CARDENAS, ibídem, página 107

¹⁸¹ RINCON CÁRDENAS, ibídem, página 197.

¹⁸² RINCON CÁRDENAS, ibídem, página 197

Pues, 'resulta claro que los grandes avances informáticos han desentrañado una serie de riesgos que amenazan la seguridad generando estados de angustia, incertidumbre, intranquilidad y falta de protección, donde los ciudadanos manifiestan un anhelo desesperado de certeza. La seguridad viene entendida muchas veces como un fin a conseguir a través del Derecho. Es allí, cuando entra al escenario el concepto de seguridad jurídica entendida como la confianza que tiene en un Estado Social de Derecho el ciudadano frente a un ordenamiento jurídico, es decir a un conjunto de leyes que garantizan el orden social, la contratación por cualquier medio de forma confiable y los negocios internacionales.'¹⁸³

Finalmente, con el SECOP como herramienta jurídica que resulta siendo para la contratación estatal se satisface no sólo esa exigencia de seguridad jurídica sino que se garantiza la presencia y pervivencia del Principio de Transparencia en los procesos contractuales.

3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN, A TRAVÉS DEL SECOP

La transparencia en los procedimientos de selección es un elemento determinante de la legalidad de la contratación pública en Colombia; así está establecido en el derecho colombiano a través de las diferentes disposiciones constitucionales y normativas existentes; esta característica es recogida en el texto constitucional de

¹⁸³ RINCON CÁRDENAS, ibídem, página 214.

1991 y se desarrolla 'en las normas contentivas de las reglas, principios y procedimientos relacionados con la actividad de la administración pública.'¹⁸⁴

La ley 1150 de 2007, fue producto de una preocupación estatal por los altos índices de corrupción existentes en materia de contratación pública, para lo cual se diseñó una política pública que puso a consideración del Congreso de la República la revisión del Estatuto de Contratación por cuanto consideraba que la transparencia y la eficacia no tenían un buen ambiente en la Ley 80 de 1993.¹⁸⁵

Pero dicha preocupación, vertida posteriormente en una política pública, era ya desde 1991 un mandato constitucional contenido en los principios rectores de la función administrativa. Nuestro Estado, devenido en *Estado social de derecho*, tiene como uno de sus principios orientadores la prestación del servicio público de manera eficaz, 'para lo cual la misma Constitución establece unos presupuestos

¹⁸⁴SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo. Contratación indebida*. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Página 190.

¹⁸⁵MATALLANA CAMACHO, óp.cit. Página 53. El doctor MATALLANA CAMACHO indica que 'Para la Real Academia Española, transparencia es una cualidad de transparente, y transparente puede tener dos significados, por una parte, transparente es un cuerpo a través del cual se pueden ver los objetos claramente (...); o también que es un asunto claro, que es evidente y que se comprende sin duda ni ambigüedad.//Si traducimos estas definiciones a la actividad contractual, las razones que motivaron al legislador para introducir medidas para mejorar la transparencia, al tomar la primera definición en cuanto que transparente es un objeto a través del cual se pueden ver los objetos claramente, se traduciría a que toda la información se encuentre disponible y sea posible acceder a ella; en otras palabras, para lograr que la administración pública actúe con transparencia se le impone el deber de publicar todas las actuaciones que se surtan durante el desarrollo de la etapa precontractual y luego publicar el contrato y sus modificaciones hasta la liquidación. Al imponer la carga a la administración de publicar todas las actuaciones está fortaleciendo el ejercicio de las veedurías ciudadanas o el control social, que es la vigilancia del ciudadano sobre la correcta ejecución de los recursos públicos; entonces, al ordenar que todas las actuaciones sean públicas, está obligado a que la información esté disponible tanto para los organismos de control (Procuraduría, Fiscalía, Jurisdicción Contenciosa Administrativa, juez penal, contralorías y superintendencias), como para el ciudadano común, que les permita denunciar por una parte y por otra, detener a tiempo una actuación irregular y no se llegue a la celebración del contrato, que sería lo ideal.' Página 53 y 54.

que guían a los servidores públicos; ellos están consagrados en el artículo 209 al referirse a la función administrativa, que le indica a las entidades estatales que están al servicio de los intereses generales y deben desarrollar sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y *publicidad*,(...)¹⁸⁶ (Cursivas y negrita fuera de texto original)

Y, como Estado social de derecho que es el colombiano, sus autoridades –dentro de las que se cuentan las administrativas- obedecen al mandato constitucional del artículo 2º de la Carta Fundamental en el sentido de estar instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, así como para garantizar sus vidas, honra, bienes y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De esta manera, el cumplimiento del principio de transparencia en los procesos de selección de la contratación estatal es un verdadero mandato constitucional que no admite acción o excepción en contrario.

Si bien el principio de transparencia no está denominado literalmente en nuestra Constitución Política, él puede encontrarse teleológicamente en cada uno de los sí expresados principios de la función administrativa del artículo 209 constitucional. Aunque el principio de publicidad es el último enlistado, él realmente es ‘un orientador del cumplimiento del deber de las entidades estatales de garantizar la participación de todo ciudadano que esté interesado en presentar una oferta al Estado.’¹⁸⁷ Con el principio de publicidad –que da directa verificación a la existencia del principio de transparencia- se da cumplimiento a los demás *mandatos de optimización* de la función administrativa, ya que, con el *principio de igualdad*, se

¹⁸⁶MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 70.

¹⁸⁷MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 73.

hace referencia a ‘la garantía que debe otorgar el Estado a los ciudadanos que muestren un interés de presentar una oferta de un bien o servicio que él mismo requiera, para que defina una (sic) reglas de selección objetiva que les permitan participar en condiciones que no generen privilegios para alguno de los participantes’;¹⁸⁸ con el *principio de moralidad*, se busca que el servidor público actuando de buena fe no haga desvío de su poder; con el *principio de eficacia*, el contrato estatal debe cumplir los propósitos públicos, garantizando el suministro de bienes y servicios que realmente requiera el Estado, y el procedimiento de selección del contratista por parte de la Administración pública debe garantizar una adecuada concurrencia de los particulares a efectos de escoger la oferta más conveniente para el interés general; con el *principio de economía*, se llevarán a cabo los procedimientos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines estatales, tal y como lo prevé el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, adelantándose aquellos ‘con austeridad de medios, tiempo y gastos a fin de no retardar la ejecución de las obras o servicios y no perjudicar los intereses del Estado o del mismo contratista’¹⁸⁹; con el *principio de celeridad*, la Constitución pretendió que se utilizaran los procedimientos pertinentes para lograr el cumplimiento de los fines estatales y garantizar el verdadero interés general al momento de contratar; y, finalmente, con el *principio de imparcialidad*, se busca que, en virtud del mayor ejercicio transparente, las entidades estatales definan reglas de participación que no generen un privilegio hacia ninguno de los participantes, sino que se garantice un plano de igualdad de condiciones para que ellos puedan ofrecer la propuesta más favorable a los intereses del Estado.¹⁹⁰

¹⁸⁸MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 71.

¹⁸⁹MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 400.

¹⁹⁰MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 72.

Así las cosas, y con la transparencia, y su elevación al rango principalístico, se busca también satisfacer aquellos principios fundamentales del Estado colombiano consagrados en su Carta Política, en tanto que Estado social de derecho, democrático y participativo, es; cuyo propósito esencial de existencia es 'el de facilitar a todas las personas la participación en las decisiones que las puedan afectar con el fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (arts. 1º y 2º C.N.) A más de lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 13 constitucional proclama el derecho fundamental a la igualdad y obliga a las autoridades a que otorguen a las personas trato similar, sin discriminaciones de ningún género. Complementa esta relación normativa el artículo 209 de la Constitución Política, que le reitera a los servidores públicos, y en especial a quienes ejercen la función administrativa, que se encuentran al servicio de los intereses generales, y por lo tanto, que sus actuaciones o decisiones hacen parte y son del interés común, y para lo cual deben garantizar principios como los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.'¹⁹¹

Es por ello, que se afirma que 'las bases filosóficas de nuestro sistema jurídico se orientan a fortalecer cada vez más la transparencia en la actividad pública, y a que los procedimientos y decisiones que puedan afectar a los habitantes del territorio nacional se caractericen por ser cristalinas, esto es, permitan ver y sentir lo que sucede al interior de la administración pública. Esta sistematización encuentra instrumentos para hacerla efectiva en disposiciones como el artículo 74 C.N., que consagra como derecho fundamental de todas las personas el de acceder, por regla general, a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley;¹⁹²

¹⁹¹SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, óp. Cit. Página 191.

¹⁹²SANTOFIMIO GAMBOA, ibídem, página 191.

Comenzando con el Derecho administrativo, ya desde el mismo Decreto 01 de 1984, y en cuanto a los actos que de contenido individual se trataba, se rompió la tendencia absolutista de nuestro ordenamiento a las actuaciones unilaterales y sin publicidad previa a cualquier decisión administrativa. El artículo 35¹⁹³ del Decreto 01 de 1984, señalaba que toda autoridad pública, antes de adoptar una decisión, debía haber dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones; concepto que se acompasaba con el artículo 3¹⁹⁴ de ese mismo código, en donde se

¹⁹³Para efectos de facilitación de la comparación, el artículo 35 señalaba: 'ARTÍCULO 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.//En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.//Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.//Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.'

¹⁹⁴ Y por su parte, el artículo 3 del Decreto 01 de 1984, señalaba: 'ARTÍCULO 3. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.//En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.//En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.//El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.//En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.// En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.//En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.//En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.//Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la

insistía en que las autoridades públicas debían actuar inspiradas en principios tales como los de imparcialidad y publicidad, esto es, haciendo referencia siempre a la transparencia.¹⁹⁵

Ahora bien, con la reforma de la Ley 1437 de 2012, o Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los artículos 3 y 42, dicha posición se mantiene.

Así mismo, '[E]n cuanto principio rector de la actividad pública, el legislador ha querido llevar la transparencia a los procedimientos y actuaciones de orden público relacionadas con los contratos estatales; con este fin la incorpora como un principio imperativo, inderogable, inmodificable, vinculante, y por lo tanto requisito legal esencial para la escogencia de los contratistas por parte de las entidades estatales, que se concreta en la obligación de desarrollar procedimientos administrativos previos a la celebración del contrato tendientes a procurar, en un plano de igualdad, la participación de todos aquellos que puedan proponerle a la administración bienes, servicios o el objeto que requiera para la satisfacción del interés general.'¹⁹⁶

Como lo señala el doctor SANTOFIMIO BOTERO, 'los procedimientos que se desarrollen para la escogencia de contratistas deben caracterizarse, si realmente se adecuan al contenido básico de la transparencia, por estar acompañados de principios inmediatos y consustanciales a la misma, tales como: debido proceso,

aplicación de las reglas de procedimiento.//Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1º de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.

¹⁹⁵SANTOFIMIO GAMBOA, ibídem, página 191.

¹⁹⁶SANTOFIMIO GAMBOA, ibídem, página 191 y 192.

publicidad, controversia, objetividad, motivación.’¹⁹⁷ La Ley 80 de 1993, en su artículo 24, y la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993, y cuyo propósito era incluir medidas para la eficiencia y transparencia del Estatuto Contractual, desarrollaron estos ‘presupuestos conceptuales de la transparencia, haciendo énfasis en su carácter imperativo para efectos de consolidarla realmente en los procesos contractuales que desarrollen las autoridades públicas.’¹⁹⁸

Y es que la transparencia se concreta o materializa a través de elementos como la publicidad, la cual conlleva irremediablemente la posibilidad del ejercicio del derecho de petición y, de esta forma, se cumple con el principio constitucional del debido proceso, propio de los procesos y procedimientos administrativos, que brinda a los proponentes, a la administración y a toda la ciudadanía las garantías y seguridad jurídica necesarias. De igual manera, dicha transparencia también se garantiza con el principio de controversia, a fin de que ‘las personas interesadas las puedan controvertir y expresar sus observaciones con el fin de que sea a partir del debate que se hagan las aclaraciones necesarias en los procesos de selección’; con el principio de objetividad, evitando ‘cualquier posibilidad del establecimiento de reglas subjetivas en los procesos de selección del contratista’ y con el de motivación, ‘pues [e]l razonamiento de las decisiones en materia contractual guarda directa relación con el principio constitucional del debido proceso y con las garantías de la controversia y la publicidad de los actos administrativos propios de la actividad precontractual’¹⁹⁹

¹⁹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, página 192.

¹⁹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, página 192.

¹⁹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, páginas 192 a 195.

‘La **transparencia**, aplicada a la contratación estatal, debe entenderse, entonces, **siempre como un principio de carácter general**, esto es, **aplicable a la totalidad de mecanismos de selección de contratistas establecidos por el legislador**. No se trata de un principio de aplicación exclusiva a la licitación o concurso públicos. Su ámbito de acción comprende también todas las hipótesis de contratación directa, el martillo, e incluso los regímenes especiales a que se refiere la misma Ley 80 de 1993; así mismo debe ser desarrollado por la administración pública cuando el legislador no hubiere establecido unas reglas procedimentales especiales para escoger contratistas, como ocurre en determinados eventos de contratación directa o de aplicación directa del derecho privado a la escogencia de contratistas. La única excepción que encontramos a la aplicación del principio de transparencia es en la práctica el caso de la contratación por vía de urgencia manifiesta. En todas las demás hipótesis no se encuentra una excusa válida para su inaplicación; de ahí su carácter imperativo, configurador de requisito legal esencial para la celebración de cualquier contrato.’²⁰⁰ (Negritas fuera de texto original)

Como abrebocas al análisis del Principio de Transparencia en cada uno de los procesos de selección es preciso anotar que uno de los primeros cambios logrados con el Estatuto de Contratación (Ley 1150 de 2007) en esta dirección fue acabar con los puntajes de los atributos de los oferentes y más bien dárselos a las propuestas mismas.²⁰¹ Pues, de esta manera los ‘factores exigidos a los oferentes en la convocatoria (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización), se verifican con carácter eliminatorio de acuerdo con los requisitos

²⁰⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, *ibídem*, página 195.

²⁰¹ PACHÓN LUCAS, Carlos. *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos. Estatuto general. Normas complementarias. Decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014. Directrices “COLOMBIA COMPRA EFICIENTE”*. Sexta edición. ECOE EDICIONES. Página 61.

fijados por la entidad pública convocante sin asignarles puntajes, para continuar el proceso con quienes los cumplan.’²⁰²

El propósito de este cambio fue evitar que oferentes grandes de la contratación impidieran la participación de aquellos con menor tamaño, y colocar a todos en un verdadero plano de igualdad.²⁰³

3.1 En la licitación pública

Buscar en los procedimientos de selección de la contratación estatal la presencia del Principio de Transparencia implica iniciar por expresar que éste debe estar presente en el desarrollo de todos aquellos –y por ende en la Licitación Pública-, así como que con él se cumpla el cometido expresado en la Exposición de Motivos que con ocasión de la aprobación de la Ley 80 de 1993 se debatió en el Congreso de la República en el sentido de indicar que ‘cualquier actividad estatal se tiene que caracterizar por la satisfacción del *interés general* o de las necesidades colectivas; por lo tanto, los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato estatal, deben tener siempre esa finalidad. De lo anterior se colige que es contrario a la finalidad de la contratación toda clase de motivaciones de carácter personal, político o de cualquier otra condición “que conduzcan a desdibujar las muy claras razones que determinan la contratación del Estado”^{204”}²⁰⁵

²⁰²PACHÓN LUCAS, Carlos. *Ibíd*em, página 61.

²⁰³En este sentido lo señala el doctor Pachón Lucas al indicar: ‘¿Qué se ha buscado con otorgarle puntajes a las propuestas y no a los proponentes? Colocar en igualdad de condiciones en la competencia a oferentes con diversos grados de tamaño empresarial, capacidad y experiencia; a partir del cumplimiento de requisitos mínimos’ PACHÓN LUCAS, *Ibíd*em. Página 61.

²⁰⁴Gaceta del Congreso, N. 73, cit, página 11.

²⁰⁵MATALLANA CAMACHO, *ibíd*em, página 134. En este mismo sentido, el doctor Matallana Camacho expresa que ‘Los fines de la contratación estatal se encuentran consagrados en el artículo 3º de la Ley 80, el cual establece que cuando los servidores públicos participen en la celebración y ejecución de los contratos, deben considerar que las entidades estatales buscan el cumplimiento de los fines estatales; la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los contratistas que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.’

De igual forma, en la satisfacción de ese interés general están incursos los contratistas del Estado, quienes además de reportar utilidades por esta actividad, su condición es también de colaboración con las entidades estatales para el logro de esos fines.²⁰⁶

Con el derrotero en mente de la satisfacción del interés general que se presta con la contratación pública, tenemos que el procedimiento de la Licitación pública muestra quizás el mayor nivel de exigencia en cuanto al principio de transparencia se refiere.

Además, ‘En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 el legislador reconoce el principio de publicidad como uno de los que deben presidir el ejercicio de la función administrativa, pues garantiza “tanto la igualdad de oportunidades para todos los proponentes, como el adecuado control del proceso de selección”’.²⁰⁷ La publicidad dentro del desarrollo de la actuación contractual como presupuesto del principio de transparencia, es fundamental para el desarrollo de los procesos de selección. Para el proponente, por ejemplo, toda vez que hace posible que conozca las decisiones que se toman al interior de la administración, las controvierta cuando haya lugar a ello, y cuando sea el caso pueda subsanar la propuesta presentada, con el fin de continuar en el proceso.

Pero, también, debe señalarse que ‘[u]n desarrollo del principio constitucional de igualdad previsto en la Constitución Política se encuentra justamente en el Estatuto

²⁰⁶MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 134.

²⁰⁷MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 578. Cita Gaceta del Congreso, N. 75, cit., pp. 18 a 19.

General de Contratación, que consagra como principio rector el principio de transparencia, uno de cuyos pilares es la licitación pública para efectos de selección de los contratistas que van a asumir la carga de prestarle bienes o servicios que la Administración Pública requiera'²⁰⁸ 'De acuerdo con la doctrina, la transparencia se presenta en la etapa de formación del contrato y tiene como fin el garantizar la igualdad de oportunidades que se le debe otorgar a quienes participan en la selección del contratista y de la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la entidad. La violación a este principio y en especial a las normas que lo integran "vicia el procedimiento de contratación en forma absoluta y permite demandar la nulidad del contrato"'²⁰⁹

'Este principio de transparencia a que se refería el numeral I del artículo 24 de la Ley 80, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, pero retomado por la misma norma en el numeral 1º del artículo 2º, no sólo obliga a las entidades estatales a contratar siempre por licitación pública (salvo con las excepciones que expresamente contempla la ley), sino que además, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, contempla otros mecanismos que reflejan esta garantía de igualdad dentro de los cuales se destaca la obligación por parte de la administración de elaborar unos pliegos de condiciones que establezcan reglas objetivas, justas y claras que garanticen la igualdad de oportunidades para presentar oferta por parte de todo aquel que esté interesado en participar.'²¹⁰

²⁰⁸MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 579.

²⁰⁹ HERRERA BARBOSA, Benjamín. *Régimen de contratación estatal. Principios de contratación estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. Página 39. Citado por MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 579.

²¹⁰MATALLANA CAMACHO, ibídem, página 579.

Siendo la Licitación Pública el procedimiento de selección de contratistas por excelencia –cuando las necesidades de la contratación lo exigen- se enmarca dentro del estricto principio de legalidad, y esto es ya la primera evidencia de la presencia del Principio de Transparencia en su operatividad.

El Principio de legalidad que horma estrictamente a la Licitación pública implica para ella, además, que cada una de sus etapas se desarrolle siguiendo un procedimiento, al que por expresa disposición legal no se le pueden introducir pasos adicionales ni omitir los ya establecidos. Es así como, para cada procedimiento de selección se señalan de manera detallada y precisa el modo, tiempo y lugar, como deben desarrollarse cada una de las etapas y darse a conocer cada una de sus decisiones, con el fin de que todos los interesados puedan conocer, intervenir, controvertir y participar de las actuaciones que se generan en el proceso.

También, otra expresión de la presencia del Principio de Transparencia en la Licitación Pública se observa en la obligación ‘a la administración, en primer lugar, a publicar los proyectos de pliegos de condiciones en el portal de contratación y luego en avisos tanto en su propio portal como en el portal de contratación, y, en segundo lugar, dentro del trámite del proceso de selección, a publicar el informe de evaluación para que sea controvertido por los proponentes, sin que se pueda aprovechar esta oportunidad para completar, modificar o mejorar las propuestas.’²¹¹

Lo anterior, no solo permite la libre concurrencia de los participantes en igualdad de condiciones, por el hecho de que la invitación es pública y la información se

²¹¹MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 578.

encuentra a la mano de quienes quieran consultar a través del – SECOP-, sino que también, le permite a la administración hacer una selección objetiva de las propuestas, en procura de alcanzar los fines estatales, logrando un mayor beneficio a un menor costo.

En el proceso de selección de la Licitación Pública, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, se pronunció sobre los principios que lo gobiernan, así: ‘SELECCION DEL CONTRATISTA - Principios que la gobiernan. Está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, en virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones. Así lo ha precisado la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037. Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él. La Sala reitera, como lo ha destacado en otras oportunidades, que la prosperidad de las pretensiones tanto de nulidad del acto por medio del cual la entidad priva a un sujeto, en forma injusta, del derecho de ser adjudicatario, como la consecuencia consistente en obtener el reconocimiento de la indemnización correspondiente a los perjuicios acreditados están condicionadas a que el demandante demuestre lo siguiente: i) Que el acto por medio del cual se le negó el presunto derecho es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista. ii) Que el actor hizo la mejor propuesta, conforme lo ha precisado la Sala en reiteradas ocasiones, al señalar que quien pretenda “ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal: El primero, tendiente a la

alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración”.²¹²

En igual sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, C.P. Dra. Olga Mélida Valle de De la Hoz, Sentencia de 31 de enero de 2011, Rad. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) señaló que para la licitación pública las bases del Principio de Transparencia ‘Se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. Obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia 21 de noviembre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397)

publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.// De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la

escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.'

3.2 En la selección abreviada

El numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 señala que la Selección Abreviada 'es aquella que corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.'²¹³

La Corte Constitucional, en Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra señaló 'que el legislador tuvo en cuenta que hay casos en los cuales es necesario facilitar la actuación de la administración cuando se reclame su

²¹³ MATA LLANA CAMACHO, ibídem, página 628.

pronta intervención, pues no todos los contratos son susceptibles de aplicarles las reglas de la licitación pública, bien porque la cuantía del mismo no justifique el procedimiento de la licitación, ya por la naturaleza misma del contrato, por su finalidad, por su objeto, en fin, por circunstancias especiales, y por ello contempló otras formas o maneras de celebrar los contratos estatales, en busca de una mayor agilidad en su celebración a fin de dar plena efectividad a los fines que persigue la función administrativa. Siendo así, el legislador estableció, como excepción a la licitación, la (...) –denominada selección abreviada–, definiéndola como “la facultad que tiene el jefe de una entidad del Estado para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato con la entidad, prescindiendo del procedimiento de licitación pública o concurso, pero sujeto en todo caso al principio de transparencia y al ejercicio del control de esa forma o manera de contratar por parte de las autoridades competentes”.

A la luz de lo anterior considera la Corte que el hecho de que la Ley haya consagrado como principio general la licitación no quiere decir que al consagrarse excepciones a dicho principio se estén vulnerando normas constitucionales. Así exista una norma que regula un aspecto del principio de transparencia, como es la audiencia prevista en el artículo 273 C.P., de allí “no se desprende que este sea el único mecanismo de selección objetiva del contratista, porque en la praxis pueden darse situaciones que ameriten una respuesta ágil de la administración, cuando por ejemplo militen razones de economía, de imposibilidad legal, de conveniencia administrativa o de simple seguridad pública que justifiquen plenamente prescindir del procedimiento licitatorio”²¹⁴

²¹⁴ MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 629.

En igual sentido, en opinión del Consejo de Estado, ‘Los procedimientos de selección abreviada se constituyen en mecanismos que propenden por la eficiencia y celeridad de la actividad contractual de los organismos del Estado en aquellos eventos en los que el objeto a contratar o las circunstancias que giran en torno a la necesidad de contratarlo tornan en engorroso, innecesario e ineficiente el mecanismo de la licitación pública, que se impone como regla general en el ámbito de la contratación estatal. (...). Lo anterior, por cuanto si bien conserva una estructura similar al proceso de licitación pública, la selección abreviada omite algunas etapas del mismo y reduce algunos términos, lo que lo convierte en un medio adecuado para satisfacer las necesidades de las entidades contratantes’²¹⁵

En los procesos de selección –incluyendo el de selección abreviada- el Principio de Transparencia ‘busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses.’²¹⁶

El hecho de haberse ‘consagrado como principio general la licitación pública no quiere decir que la administración, cuando considere que legalmente se pueda acudir a [estos] procesos, no lo pueda hacer por la limitación del principio general de la licitación; pues, como bien lo señala la Corte, dentro de la (...) –selección abreviada- también se cumplen los principios de transparencia y selección objetiva, y en virtud del principio de economía, en concurrencia con el principio de

²¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 29 agosto de 2013. Rad. 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005)

²¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia 29 de agosto de 2013, ibídem.

celeridad, se puede agotar la selección de un contratista por estos procedimientos excepcionales.//En el literal a del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 se considera como una de las causales para acudir al procedimiento de selección abreviada, la adquisición o el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de *común utilización* por parte de las entidades y que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su *diseño* o de sus *características descriptivas*, y comparten patrones de *desempeño* y *calidad* objetivamente definidos (...)'²¹⁷

Es así como, en la selección abreviada, al igual que en la licitación pública, se hace a través de convocatoria pública, con elaboración de un pliego de condiciones, donde se establezcan todas y cada una de las exigencias y requisitos que deben cumplir los proponentes para la presentación de la oferta; lo cual, al igual que en la licitación pública, se someterá a consideración de los interesados para que, si tienen a bien, presenten observaciones -solo que en un tiempo menor al establecido para la licitación pública, en razón de la cuantía de la contratación o el objeto a contratar-.

La situación en la selección abreviada frente a la aplicación del Principio de Transparencia, a través de la publicidad y la escogencia objetiva del contratista, es similar a la que se presenta en la licitación pública, con diferencias frente a los términos de publicación de los actos administrativos, y la adjudicación.

De igual forma las actuaciones de la administración dentro del proceso precontractual, contractual y postcontractual deben ser publicadas en el SECOP, en los tiempos que la ley y los reglamentos establezcan, para que puedan ser

²¹⁷ MATA LLANA CAMACHO, *ibídem*, página 630.

conocidas y controvertidas por los interesados de manera oportuna, so pena de incurrir en sanción disciplinaria.

Marca una diferencia fundamental entre la Selección Abreviada y la Licitación Pública el hecho de que la adjudicación en la selección abreviada no se lleva a cabo a través de Audiencia Pública, sino se hace “a puertas cerrada” a través de un acto administrativo motivado que debe contener dentro de su parte considerativa las respuestas a las observaciones que se hicieran a la evaluación, si hubo lugar a ellas. Sin embargo, no obstante las diferencias, se satisface también el Principio de Transparencia en el proceso de selección.

3.3 . En el concurso de méritos

‘Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se asimiló el concurso de méritos con la licitación pública, pero al expedirse la Ley 1150 de 2007 se modifica este aspecto, regulándose en el numeral 3 del artículo 2º, donde se señala que corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. Agrega la norma que la conformación de la lista de precalificados se deberá hacer mediante convocatoria pública, permitiendo establecer listas limitadas de oferentes. (...), las listas se presentan en forma anónima y ante un jurado plural, impar, deliberante y calificado.’²¹⁸

La aplicación del Principio de Transparencia en este proceso de selección se surte bajo el entendido de que siguiendo los pasos de proceso de selección abreviada,

²¹⁸ MATA LLANA CAMACHO, ibídem, página 707.

debe dársele publicidad a los pliegos de condiciones y a la adjudicación del contrato.

En cuanto a la selección objetiva del contratista, teniendo en cuenta el fin que persiga la administración, cambian los criterios de evaluación de la propuesta, pero conserva el principio de selección objetiva.

También para el caso del concurso de méritos, la adjudicación se hace a través de acto administrativo motivado, con respuestas a las observaciones presentadas a la evaluación, si hubo lugar a ella.

Se conserva el principio de legalidad y transparencia en cada una de las etapas, siendo la evaluación de mayor exigencia, toda vez que existe una exigencia de orden legal para la conformación del comité evaluador, el cual debe estar conformado por un numero plural, impar, deliberante y calificado.

3.4 . En la mínima cuantía

No obstante ser el proceso de mínima cuantía, un proceso breve y sencillo, en razón de la cuantía a contratar de acuerdo con los presupuestos de las entidades, éste, reviste también un proceso legal que atiende el principio de transparencia, a partir de convocatoria pública, la publicidad de los actos y la selección objetiva.

Sobre el particular debe señalarse que, aunque, '[d]efinitivamente la consagración de un proceso de selección denominado mínima cuantía, cualquiera que fuera la denominación que se le otorgara tenía problemas de legalidad como lo detectó el Consejo de Estado ante las demandas del Decreto 2474 de 2008 y las normas que lo

modificaron; por lo tanto, la única manera de resolver esta ilegalidad era que el mismo Congreso expidiera una norma que regulara el proceso para agregarlo a los ya existentes: (...) En estos términos se expidió el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, conocida como Ley Anticorrupción,²¹⁹ en donde se creó este proceso de selección con sus particularidades propias.

Siguiendo la línea general de observancia del Principio de Transparencia, en este proceso de selección se establecen requisitos para su desarrollo como publicar una invitación, en un término no inferior a un día hábil, señalando el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin y las condiciones técnicas exigidas.

El hecho de que sea el menor valor, el único criterio de escogencia para la selección del contratista, no implica que no se haga una selección objetiva, toda vez que acompañan a este criterio unas condiciones mínimas habilitantes.

El Principio de Transparencia se cumple a través de la estricta regulación de la Ley 1474 de 2011, artículo 94, reglamentado por el Decreto 2516 de 2011, derogado por el artículo 9.2. del Decreto 734 de 2012, derogado y vuelto a regular por el Decreto 1510 de 2013, artículo 84 y subsiguientes.

El proceso de selección de mínima cuantía cumple, acorde con el Principio de Legalidad, unas etapas que le son propias, como son, la acreditación de unos estudios previos que describan de forma sucinta la necesidad a satisfacer con la contratación, la descripción del objeto a contratar –con el cuarto nivel de clasificación de bienes y servicios-, las condiciones técnicas exigidas, el valor estimado del contrato y su justificación y el CDP.

²¹⁹ MATA LLANA CAMACHO, *ibídem*, página 823.

Además, '[e]n aplicación del parágrafo 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, para adelantar un proceso de selección distinto a la licitación pública la Ley (...) exige que la entidad estatal motive dicha decisión, para lo cual tendrá que expedir un acto administrativo donde justifique las razones por las cuales no acude al proceso licitatorio porque el proceso de selección permite acudir a otra modalidad.// Una vez surtido el proceso de selección por convocatoria pública se hace necesario la expedición de un acto administrativo que adjudique el contrato, y la entidad estatal una vez que ha seleccionado al contratista procederá a citarlo para la suscripción del contrato estatal.'

²²⁰

Finalmente, es de anotar que la efectividad del Principio de Transparencia en los procesos de selección se cumple con la observancia de cada uno de los pasos y procedimientos establecidos por las normas para cada uno de ellos.

²²⁰ MATALLANA CAMACHO, *ibídem*, página 826.

CONCLUSIONES

Si pudiéramos escoger una frase bastante sugestiva para concluir la incidencia que tiene el Principio de Transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal colombiana a través del SECOP podría ser aquella en la que jamás la Administración pública pudiera decirle al ciudadano *“vuelva usted mañana”*, expresión denotativa de un cariz ineficaz, prepotente y distante de quien actúa sin consideración a su población objetivo, el ciudadano.²²¹

Y es que, justamente, como procedimiento administrativo que es, la contratación pública debe estar alejada de actuaciones secretas del ente contratante y, por el contrario, estar abierta de tal forma que no sólo sus actuaciones sean públicas – permitiendo el eventual ejercicio del derecho de información y derecho de defensa– sino que se le permita a los ciudadanos participar sin ningún tipo de restricciones. Observando esta vía, se produce el acercamiento a la transparencia ‘como principio rector de la actividad pública en general y de la actividad administrativa en particular’²²²

Siendo así las cosas, el SECOP satisface ampliamente esa exigencia impuesta a la Administración pública de obrar dentro de un marco de tanta transparencia que va desde la primerísima intención de contratar –etapa precontractual– hasta la misma publicación de la liquidación del contrato que satisfizo las necesidades del objeto contractual y el interés público general. Su fuente primaria sigue siendo el

²²¹ RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia*. En: Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Argentina: Eudeba, 2011. ProQuest ebrary. Página 169.

²²² RAMON FERNANDEZ, óp.cit., página 165.

Principio de Legalidad, garantía del Estado de Derecho e insumo necesario del Derecho administrativo por expresa disposición constitucional (artículo 6º y 123 Superior)

Pero con el SECOP podría afirmarse, sin lugar a equívocos, que quiere articularse la transparencia como un principio rector de la contratación pública, sabiendo que ella sería una eficaz salvaguardia frente a la mala administración y, definitivamente, contra la corrupción.

El SECOP es un esfuerzo decidido contra la corrupción, así lo muestra desde su concepción misma, desde la política pública hasta la norma de su creación, y es claro que con él se pretende, como se hiciera en España, por ejemplo, con la Ley de Transparencia y Acceso de los ciudadanos a la información pública, ‘articular la transparencia en “un principio rector de la actividad pública”, generalizar y arraigar una “cultura de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos” y satisfacer el “derecho a saber” de los ciudadanos, objetivos todos ellos que parten de la convicción de que “la transparencia constituye una eficaz salvaguarda frente a la mala administración, posibilita a los ciudadanos conocer mejor y vigilar el ejercicio de las potestades, la prestación de los servicios y el empleo de los servicios públicos y estimula a los poderes públicos a funcionar de modo eficiente. Un gobierno transparente es, por ello, un gobierno que genera confianza y que rinde un mejor servicio a la sociedad”’.²²³

Ese “derecho a saber” que tienen los ciudadanos en cuanto a los procesos y procedimientos adelantados en y por la Administración Pública está ligado al

²²³ RAMÓN FERNANDEZ, *ibídem*, página 179.

sentido de *dignidad* que hay en cada ser humano, como derecho a ser ejercido y reconocido cada vez que se relaciona con entidades de diferente orden.

El SECOP es, fundamentalmente, una proclamación del derecho a acceder a la información pública como un derecho de la ciudadanía, cuya limitación está dada por las restricciones que la misma ley imponga en cuanto a la normativa de protección de datos personales y la existencia de un conjunto de garantías procedimentales capaces de asegurar la efectividad del derecho de acceso, pues éste derecho, del cual somos todos titulares, no necesita invocación de motivación alguna para su ejercicio, salvo cuando hipotéticamente pudiera resultar un perjuicio para la seguridad nacional y la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias.²²⁴

Ahora bien, el SECOP está anclado en una doble vía, tanto para la Administración como para el ciudadano, en la defensa del estricto Principio de Legalidad, que aunque resulta de mayor rigor para los funcionarios públicos, lo que hace la ley – como gran conquista de aquel ideal revolucionario francés- es hacer igual para todos y hacer transparente el contenido normativo que va a regular a través de sus disposiciones. Es así como a través del SECOP se publica y se publica para todos, en igualdad de condiciones.

Esta igualdad de condiciones es propiciada también, a través de los medios informáticos y electrónicos, que equiparan, sin distinción o discriminación a la “vista del funcionario” a todo aquel que a través de ellos acceda. De allí el efectivo e ineludible cumplimiento del Principio de Transparencia en los procesos de

²²⁴ RAMÓN FERNANDEZ, *ibídem*, página 180.

contratación a través del SECOP y su condición favorable en contra de la corrupción.

Es claro que el Principio de Transparencia aplicado a los procesos de selección en la contratación estatal colombiana a través del SECOP es un rito confesional, es decir, debe estar presente tanto y desde la licitación pública como y hasta en la contratación directa, pues ese 'derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública y la transparencia de la actuación política y administrativa que a través de él se asegura son considerados hoy con toda razón (...) elementos esenciales para la formación de una opinión pública libre y garantías imprescindibles para el buen funcionamiento de las instituciones y para el ejercicio de los derechos fundamentales sobre los que descansa todo sistema democrático'²²⁵

Finalmente, el SECOP es realmente una herramienta garantística en protección de nuestros derechos fundamentales.

²²⁵ RAMÓN FERNANDEZ, *ibídem*, página 182.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de 2011. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá, 2011.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Instituciones políticas y constitucionales*, T. VII. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira y Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *El Derecho administrativo y la Ley orgánica de procedimientos administrativos*. Colección Estudios Jurídicos, N. 16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992.

CASTELLS, Manuel. *La sociedad red*. Alianza Editorial, Madrid, 1.996.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Alianza Editorial, Madrid, 2009.

CORREA MOROCHO, Reucher, y CRIOLLO GONZÁLEZ, Pedro Antonio. *Gobierno electrónico para la modernización de la administración pública*. España: B - EUMED, 2009. ProQuest ebrary.

DE LAS SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos, 1990.

Derecho administrativo: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2010. ProQuest ebrary.

Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2010. ProQuest ebrary.

DROMI, José Roberto. *Licitación pública*. 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá. LEGIS. 1999.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GARCIA DE ERRENTERIA, Eduardo. *Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, Revista de Administración Pública No, 10, enero, 1949, 1953

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La figura del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública, n. 41 y 42, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.963.

GARCÍA MACHO, Ricardo (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

GORDILLO, Agustín. *Los Contratos de la Administración*. En Contratos Administrativos. Buenos Aires. Edit. Astrea. 1982 T.I.

HERRERA BARBOSA, Benjamín. *Régimen de contratación estatal. Principios de contratación estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

HERRERA ROBLES, Aleksey. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* (3a ed.). Colombia: Universidad del Norte, 2012. ProQuest ebrary.

HOYOS DUQUE, Ricardo. El Contrato Estatal y las Cláusulas Excepcionales. Varios autores. “Comentarios al Estatuto General de la Contratación Administrativa”. Medellín. Librería Jurídica, 1994.

IBANEZ NAJAR, Jorge Enrique. Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. LEGIS, Tercera edición. 2009

LOPEZ ALERA, Nicolás. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia, 3ª ed. Bogotá, D.C., 2013.

MARIÑEZ NAVARRO, Freddy, y VALENZUELA MENDOZA, Rafael E. *Gobierno abierto: ¿más innovaciones? ¿más gobierno? ¿más sociedad? ¿en qué consiste? Propuestas para los gobiernos locales*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2013. ProQuestebruary.

OCHOA MONZÓ, Josep. *¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?*, en FRANCISCO SOSAWAGNAR. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

ORREGO LARRAÍN, Claudio. *Corrupción y modernización del estado*. Argentina: El Cid Editor | apuntes, 2014. ProQuest ebruary. Copyright © 2014. El Cid Editor | apuntes. All rights reserved.

PACHÓN LUCAS, Carlos. *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos. Estatuto general. Normas complementarias. Decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014. Directrices “COLOMBIA COMPRA EFICIENTE”*. Sexta edición. ECOE EDICIONES.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales, Quinta Edición, 2005.

PARADA VASQUEZ, C. Lucha de las Jurisdicciones por la Competencia sobre los Contratos de Administración Pública. Sus Orígenes en el Derecho Francés \. En: Estudios en homenaje a Jornada de Pozas. T.I., Madrid, 1961

PAREJA, Carlos. Curso Derecho Administrativo Teórico Práctico. 2 ed. Bogotá. Edit. EL Escolar, 1939.

PAREJO, Alfonso. *El concepto del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, ed. Retos y perspectivas del derecho administrativo. Segunda Parte. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

RINCON CARDENAS, Erick. *El futuro de la contratación estatal por medio electrónicos*. En Restrepo Medina, Manuel Alberto, ed. Retos y perspectivas del derecho administrativo. Segunda Parte. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009. ProQuest ebrary.

ROSETO MELO, Bertha Cecilia. *Contratación estatal: manual teórico práctico*. Colombia: Ediciones de la U, 2011. ProQuest ebrary.

SANCHEZ BLANCO, Ángel. *La participación como coadyuvante del estado social y democrático de derecho*, Revista de Administración Pública, N. 119, mayo-agosto de 1989.

SANCHEZ FIGUEROA, Juan Carlos. *La administración pública en la sociedad de la información: antecedentes de la adopción de iniciativas de gobierno electrónico por los ciudadanos*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2003.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación indebida*. Universidad Externado de Colombia, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo. Contratación indebida*. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Derecho Administrativo 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

SOLANO SIERRA, Javier Enrique. *Contratación Administrativa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá – Colombia, 1994.

Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Argentina: Eudeba, 2011. ProQuest ebrary.

UMAÑA CHAUX, Andrés Felipe. *Algunos comentarios sobre el equivalente funcional en la Ley 527 de 1999*. Revista Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, abril 2005.

VARNÉS VASQUEZ, Javier. *Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia*, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *La noción de contrato estatal en el derecho colombiano*. s.p. Bogotá, 1999.

VILLAR PALASI, JL. y VILLAR EXCURRA, J.L. *Principios de Derecho Administrativo. T III Contratación Administrativa*. Madrid, Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 1983.

SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 135 del 1 de octubre de 1987.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de diciembre de 2000, exp. 17088, M.P.: ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Constitucional, Sentencia T-464 de 16 de julio de 1992

Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000

Corte Constitucional, en Sentencia C-1064 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M.P.: ALVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia T-018 de 2009.

Corte Constitucional en Sentencias C-1144 de 2000, T-072 de 2008, C-564 de 2000 y T-200 de 2010

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 5 de diciembre de 1975, C.P.: Carlos Portocarrero Mutis

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 29 agosto de 2013. Rad. 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia 21 de noviembre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397)

PAGINAS WEB

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

<http://www.iasvirtual.net/queessis.htm>

<http://vecam.org/article526.html>.

<https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=la%20transparencia%20en%20el%20sector%20p%C3%BAblico%20garc%C3%ADa%20macho>

https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics93.pdf

http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/que_es_secop.html

http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/tipos_de_actos_que_deben_publicarse.html

CIRCULARES

Circular conjunta N. 014 de 1 de junio de 2011 Procuraduría General de la Nación *et al.*